الجامعة الإسلامية – بغزة
عمادة الدراســـــات العليــــا
كليــــة الشريعـــــة والقانـــــون
قســــم القضـــــاء الـشرعــــــي



القضاء العرفي مقارنة بالفقه الإسلامي

(دراسة تطبيقية مقارنة في قطاع غزة)

إعداد الطالب :

عبد الرحمن محمد أبو عريبان

إشراف

د. زياد إبراهيم مقداد

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في تخصص القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية – بغزة

١٤٣١هـ – ٢٠١٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ
مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ
ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾

(النساء، ١١٤)

إهـــــــداء

إلى والدي والدتي منبع التربية والعلم ....

إلى زوجتي الغالية التي عانت معي... فصبرت

إلى أطفالي ...الذين جعلوا قلبي منبعا للحب والحنان .

إلـــى رجـــال الإصـــلاح والمـــصلحين الـــشرعيين والعـــرفيين الأكارم...

إلى كل من ساهم معي في إعداد هذا البحث ....ولو بكلمة شجعتني على الاستمرار ...

إلـى أرواح أولئك الـذين قـضوا نحـبهم ...دفاعـا عنـا ...وعـن مقدساتنا وإلى من ينتظر ...

إلى جميع هؤلاء أهدي هذا الجهد المتواضـع.

الباحث

عبد الرحمن محمد أبو عريبان

شـــــكر وتـقـديــــــر

الحمد لله رب العالمين ، الذي أنعم على الناس برسالة الإسلام التي أرادها الله – عز وجل – نظاما عالميا للبشرية جمعاء ، وأفضل الصلاة والتسليم سيدنا محمد بن عبد الله ، صاحب هذه الرسالة الإلهية الخاتمة ، وأول من سار في طريق إقامة النظام العالمي الإسلامي الذي ارتضاه الله للبشرية جمعاء ، عن طريق الجهاد في سبيل الله ، **لإزاحة العقبات التي تقف في وجه إقامة ذلك النظام**. أما بعد :

فبعد أن وفقني الله ومنحني القدرة لإتمام هذا الجهد المتواضع ، الذي أتمنى أن أكون قد حققت الهدف منه .

أتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى كل من ساهم في إنجاز هذه الرسالة المتواضعة وأخص بالذكر **الدكتور/ زياد إبراهيم مقداد** الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة ومنحني من وقته الثمين ولم يبخل على بتعليماته وتوجيهاته .

كما وأتقدم بالشكر والتقدير لأستاذي الكريمين اللذين تفضلا بقبول مناقشة هذا البحث وإبداء ملاحظاتهما وتوجيهاتهما التي ستثري هذا البحث وتسدد أخطاءه وتجبر هناته :

فضيلة الدكتور : ماهر الحولي عميد كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية .

فضيلة الدكتور : محمد العمور رئيس قسم الدراسات الإسلامية بجامعة الأقصى.

– كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذة وكلية الشريعة الذين تتلمذت على أيديهم .

– كما أتقدم بالشكر إلي أخي **الحاج الشيخ /توفيق محمد أبو عريبان** لما قدمه لي من معلومات عن القضاء العرفي .

– كما أتقدم بكل الشكر والمحبة إلى والدتي وإخوتي وأخواتي وزوجتي وأولادي الذين قدموا المساندة والدعم المادي والمعنوي طوال فترة إجراء الدراسة .

– كما أتقدم بالشكر إلي كل من قدم المساعدة أو ساهم بكلمة أو نصيحة أو دعاء وجزاهم الله خير الجزاء .

الباحث

المقدمـة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه إلى يوم الدين ، أما بعد :

فهذه الرسالة في (القضاء العرفي) ومدى موافقته للشريعة الإسلامية من حيث حقيقة القضاء العرفي وأنواع قضاته وشروطهم وأدلة الإثبات في القضاء العرفي والإجراءات القضائية في المجالس العرفية ثم التعرض إلى أهم القضايا في المجتمع من قضايا القتل والاعتداء على ما دون النفس وقضايا العرض .

وقد اعتمدت في معلوماتي العرفية في بحثي هذا على رجال العرف مباشرة وعلى المعلومات التي أخذتها من العائلة حيث أني نشأت في عائلة من القضاة العرفيين ، وقد أشار علي أستاذي الدكتور الفاضل **زياد مقداد** بأن اذكر بعض المراجع ، فذكرت بعض المراجع زيادة للعلم مع اعتمادي الأكبر على رجال العرف .

ملاحظة : عندما أذكر في الحاشية (مقابلات مع بعض رجال العرف) يكون المقصود بهم :

١. **المختار** : توفيق محمد أبو عريبان (أبو محمد) فرع الحناجرة
٢. **المختار** : عبد الرزاق موسى أبو زايد (أبو عمار) فرع النصيرات
٣. **المختار** : سليمان سالم أبو العجين (أبو أحمد) فرع النصيرات
٤. **المختار** : امراحيل حسان البالي (أبو محمد) فرع السواركة
٥. **المختار** : سالم خميس أبو ظاهر (أبو عطا) فرع الحناجرة
٦. **المختار** : منصور حمد أبو زكري (أبو خالد) فرع الحناجرة
٧. **المختار** : عبد القادر مطير أبو هولي (أبو صلاح) فرع الحناجرة
٨. **المختار** :مرازيق قعود أبو مغصيب (أبو كمال) فرع الترابيين
٩. **المختار** : سليمان يوسف أبو شماس (أبو يوسف) فرع السواركة

و البحث يحتوي على ثلاثة فصول علاوة على الفصل التمهيدي ، وهو على النحو التالي :

الفصل التمهيدي ويتكلم عن حقيقة القضاء الشرعي والعرفي وحكمهما وأنواع قضاتهما ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حقيقة القضاء الشرعي والعرفي .

المبحث الثاني : حكم القضاء الشرعي والعرفي .

المبحث الثالث : أنواع القضاة في الشرع والعرف .

ثم **الفصل الأول** وهو عن أدلة الإثبات في القضاء العرفي ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الشهادة .

المبحث الثاني : اليمين .

المبحث الثالث : الإقرار .

المبحث الرابع : القرائن .

ثم كان **الفصل الثاني** في الإجراءات القضائية في العرف والحكم الشرعي في ذلك .

ويحتوي على أربعة مباحث :

المبحث الأول : الإجراءات الأولية .

المبحث الثاني : الجلوس للتقاضي .

المبحث الثالث : إصدار الحكم .

المبحث الرابع : العدف (الإستئناف)

ثم **الفصل الثالث** ويعرض فيه الأحكام العرفية لأهم القضايا في المجتمع وحكمها الشرعي .

ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : قضايا القتل والديات .

المبحث الثاني: قضايا الاعتداء على ما دون النفس.

المبحث الثالث : قضايا النساء .

أهمية الموضوع :

هذه الرسالة تتناول جانبا مهما من حياتنا اليومية وهو اللجوء للقضاء العرفي عند حدوث المشكلات ، فأحببت أن أقدم لهم هذه الرسالة لتكون للقضاة العرفيين وللمتحاكمين بها عونا في معرفة الأحكام العرفية التي توافق الأحكام الشرعية فيسيروا معها ، ويتجنبوا الأحكام العرفية التي تخالف الشرع.

سبب اختيار الموضوع :

١. الدور التي تلعبه المجالس العرفية في حل مشاكل المجتمع ، وسرعتها في الفصل في هذه المشاكل .
٢. إطلاق القول من بعض الناس وخاصة بعض الدعاة غير المختصين بالأمور الفقهية أن هذه المجالس لا يجوز اللجوء إليها ، وأن اللجوء إليها يعني التحاكم إلى الطاغوت ، فأحببت أن أكتب في هذا الموضوع لأبين الحكم الشرعي في تفصيلات القضاء العرفي ومدى موافقته للشرع .

٣. عدم التفريق بين القضاء والتحكيم والصلح وإجراءا ت الصلح مما أدى إلى إطلاق الحكم السابق.

٤. عدم معرفة بعض رجال الإصلاح سواء العرفيين أو الشرعيين الأحكام الشرعية التي تتعلق بالقضايا العرفية فأحببت أن أقدم لهم هذه الرسالة لتكون لهم عونا لحل القضايا حسب الأحكام الشرعية .

منهج البحث :

اعتمدت المنهج الوصفي التحليلي متمثلا فيما يلي :

١. عرض القضية من الناحية العرفية عرضا جيدا حتى يتم للقارئ معرفة القضية من الناحية العرفية معرفةً جيدة وبصورة جلية.

٢. إعطاء الحكم الشرعي لهذه القضية ، وذلك بذكر أقوال العلماء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة في هذه القضية إن كان لهم قول فيها .

٣. الترجيح بين هذه الأقوال مع ذكر أدلة الترجيح .

٤. إذا كانت المسألة من المسائل المستجدة ، أعطينا فيها الحكم الشرعي مع ذكر الأدلة ووجه الاستدلال .

٥. تبين العلاقة بين العرف والشرع من جهة التوافق أو عدمه في القضية المعروضة مع بيان سبب الاختلاف .

٦. التأصيل الشرعي للقضايا العرفية الموافقة لأحكام الشرع .

٧. عزو الآيات القرآنية إلى سورها مع بيان اسم السورة ورقم الآية .

٨. تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها الأصلية والحكم عليها ما استطعت .

٩. توضيح وتفسير معاني الكلمات الغامضة .

١٠. ذكر الخاتمة وهي تشمل على الفهارس والنتائج والتوصيات .

الفصل التمهيـدي

حقيقة القضاء الشرعي والعرفي وحكمهما وأنواع قضاتهما

ويحتوي على ثلاثة مباحث

المبحث الأول : حقيقة القضاء الشرعي والعرفي .

المبحث الثاني : حكم القضاء الشرعي والعرفي .

المبحث الثالث : أنواع القضاة في الشرع والعرف .

المبحث الأول

حقيقة القضاء الشرعي والعرفي

ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف القضاء الشرعي لغة واصطلاحا .

المطلب الثاني : تعريف القضاء العرفي لغة واصطلاحا .

المطلب الثالث : الألفاظ ذات الصلة .

المطلب الأول

حقيقة القضاء الشرعي

أولا: القضاء لغة: الحكم ، وأصله قضايٌ لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت والجمع الأقضية .

ويقال قضى يقضي قضاء فهو قاضي إذا حكم وفصل.

وقضاء الشيء: إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه[١].

وقد جاء القضاء في القرآن بعدة معاني نذكر منها :

(١) الخلق والصنع[٢]: قال تعالى :**(فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ)**[٣].

(٢) الحتم والحكم[٤]: قال تعالى:**(وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ)**[٥].

(٣) الفراغ والانتهاء[٦]: قال تعالى:**(فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ)**[٧].

(٤) البيان[8] : قال تعالى: **(مِن قَبْلِ أَن يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ)**[9].

والناظر إلى تعريف القضاء يجده من قبيل المشترك اللفظي الذي يحتوي على عدة معاني، ولكن المدقق يجد أن هناك قاسما مشتركا ألا وهو انقطاع الشيء وتمامه، وذلك أن كل ما حُكم فيه أو فرغ منه أو تم صنعه وخلقه أو تبين إجماله فقد تم وانقطع الاشتغال به[١٠].

ثانيا: القضاء اصطلاحا:

اختلفت تعريفات الفقهاء بناء على نظرتهم إلى مجريات القضاء ،وصار كل فقيه يراعي في تعريفه مدى انطباق تعريفه على هذه المجريات ، ولما أخذت المحاكم شكلا معينا في العصر الحديث وأصبح القضاء على وجه خاص يتعلق بوجه رفع الدعوى أمام القاضي ، والإجراءات التي يلتزم بها القاضي

---

1 - الفراهيدي: العين(١٨٥/٥)، الرازي: مختار الصحاح (٢٥٠)، ابن منظور: لسان العرب (١٨٦/١٥)، الفيومي: المصباح المنير (٣٠١)،الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٧٠٨) .

2 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٥١٢/٨)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (١١١/٧) ، تفسير الجلالين(٤٧٧).

3 - سورة فصلت : جزء من الآية(١٢).

4 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٢٠٩/٦)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (٤١/٥) ، تفسير الجلالين(٢٨٤).

5 - سور الإسراء جزء من الآية(٢٣).

6 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٢٤١/٨)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (٢٤٥/٦) ، تفسير الجلالين(٤٢٩).

7 - سورة سبأ جزء من الآية(١٤).

8 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٥٢٩/٦)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (١٨٦/٥) ، تفسير الجلالين(٣٢٠).

9 - سورة طه جزء من الآية(١١٤).

10 - الفراهيدي: العين(١٨٥/٥)، الرازي: مختار الصحاح (٢٥٠)، ابن منظور: لسان العرب (١٨٦/١٥)، الفيومي: المصباح المنير (٣٠١)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٧٠٨) .

والخصوم، والدفوع الشكلية والموضوعية ووسائل الإثبات ، وتعدد درجات التحاكم ، كل ذلك أضاف إلى التعاريف محترزات جديدة، خاصة عند الفقهاء المعاصرين[١] .

وللتوضيح كان لابد من التعرض لبعض تعاريف القدامى وبعض تعار يف المتأخرين والمحدثين مبينا الاعتبارات التي روعيت عند كل منهما في تعريفهم للقضاء عند كل منهما .

أولا : تعاريف القدامى:

- عَرَّفَ الكاسائي القضاء بأنه " الحكم بين الناس بالحق ، الحكم بما أنزل الله"[٢] .
- وعَرَّفَ الخرشي القضاء بأنه " صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو بتجريح لا في عموم مصالح المسلمين"[٣].
- وعَرَّفَ ابن فرحون القضاء بأنه "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"[٤] .
- وعَرَّفَ الرملي القضاء بأنه "الإلزام من له الإلزام بحكم الشرع"[٥].
- وعَرَّفَ البهوتي القضاء بأنه "تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات"[٦].

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أن الاعتبارات التي روعيت فيها ميزت القضاء عن غيره من المصطلحات ذات الصلة فمثلا كلمة (نفوذ) أو(الإلزام) حتى يتميز عن الإفتاء والصلح والتحكيم[٧].

وكلمة (لا في عموم مصالح المسلمين) لتميز الاختصاص الوظيفي للقاضي .

وكلمة (إخبار) ليخرج القضاء الفعلي[٨] .

ثانيا : تعاريف المتأخرين والمحدثين :

- عَرَّفَ ابن عابدين القضاء بأنه "فصل الخصومات وقطع المنازعات على نحوٍ مخصوص"[٩].
- وعَرَّفَ زيدان القضاء بأنه " الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة"[١٠].
- وعَرَّفَ قرعانة القضاء بأنه "فصل الخصومات وقطع المنازعات على نحوٍ مخصوص صادر عن ولاية عامة"[١١].

---

1 - انظر على سبيل المثال إلى تعريف زيدان و قرعانة (٧).
2 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٣/٧) .
3 - الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل (١٣٨/٧).
4 - ابن فرحون : تبصرة الحكام (١٣/١) .
5 - الرملي: -نهاية المحتاج(٢٣٥/٨).
6 - البهوتي : شرح منتهى الإردات(٤٥٦/٣) .
7 - التحكيم والصلح يكون ملزما إذا رضي الطرفان بهما .
8 - ذهبت الحنفية لاعتبار الحكم الفعلي فقالوا على سبيل المثال(و لو باع القاضي ما وقفه المريض في مرض موته...ينفذ لأن فعل القاضي حكم) ابن نجيم : الأشباه والنظائر (٢٣٥) .
9 - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٢٧٢/٥).
10 - زيدان:نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (١٣).
11 - قرعانة،:ملخص كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية(٢٣٠).

فهذه التعاريف أضافت على ما تقدم قيد (نحوٍ مخصوص) أو (كيفية مخصوصة) حتى يشمل كيفية رفع الدعوى ،ويشمل إجراءات التقاضي ،ووسائل الإثبات ، ووسائل الدفع وأنواعه ، والذي يصدر القاضي بموجبه الحكم[١] .

ولكن الملاحظ على تعاريف القدامى والمحدثين رغم ما سبق الإشارة إليه من اختلاف إلا أنها متفقة في عدة أمور[٢] .

- أن للقاضي سلطة مستمدة من الولاية العامة.
- حكم القاضي يجب أن يكون مستندا على الأحكام الشرعية .
- هذا الحكم على سبيل الإلزام .
- يتم به رفع الخصومات وقطع المنازعات .

التعريف المختار :

ومما سبق يمكنني تعريف القضاء تعريفا يجمع بين تعريفات القدامى والمحدثين بأنه:

"**الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام** بكيفية مخصوصة" .

شرح التعريف :

الإخبار : حتى يشمل قاضي الخصومات وقاضي الحسبة وقاضي المظالم، فكلهم مخبر عن الحكم الشرعي .

وحتى يخرج به الحكم الفعلي[٣] فإنه ليس حكما .

حكم شرعي: قيد أخرج به الأحكام غير الشرعية .

على سبيل الإلزام : قيد أخرج به الإفتاء و الصلح والتحكيم .

بكيفية مخصوصة: حتى يشمل الإجراءات القضائية في القضايا التي يبت بها قاضي الخصومات، فإنها لا تكون ملزمة حتى تكون وفق إجراءات معينة[٤] .

علاقة التعريف اللغوي بالتعريف الاصطلاحي

تظهر العلاقة جليا بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، وذلك أن القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشئ وتمامه ، ويجد أيضا أن القضاء إخبار ملزم عن حكم شرعي بكيفية مخصوصة تنقطع به الخصومة وتتم به إجراءات التحاكم والترافع .

---

[1] - ولعل السبب في هذه الإضافة أن المحاكم في القضاء المعاصر أخذت شكلا معينا في إجراءات التقاضي بدءا من كيفية رفع الدعوى حتى إصدار الحكم ما لم يكن معمول بها عند القدامى .

[2] - هذه الأمور استنبطت استنباطا .

[3] - ذهبت الحنفية لاعتبار الحكم الفعلي انظر ابن نجيم : الأشباه والنظائر (٢٣٥) .

[4] - الإجراءات القضائية مثل : الدفوع الشكلية و الموضوعية ووسائل القضاء و الإثبات و الآداب القضائية .

المطلب الثاني

حقيقة القضاء العرفي

أولا :القضاء العرفي لغة :

أما القضاء لغة فقد تقدم تعريفه[١]،وأما العرف لغة فقد جاء بعدة معاني نذكر منها :

(١)العلم: يقال عرفه معرفة وعرفانا :أي علمه ، ويقال عرف فلان فلانا. وهذا أمر معروف أي معلوم[٢].

(٢)الإقرار والاعتراف : يقال له علي ألف أي اعترف وأقر[٣] .

(٣)الريح : سواء أكانت طيبة أو منتنة. يقال: ما أطيب عرفه أي ما أطيب ريحه[٤].

(٤)التتابع: يقال تتابع الشئ ،أي: اتصل بعضه ببعض[٥] .

وجاء القوم عُرفا–أي: بعضهم يتبع بعض ، ومنه قوله تعالى: **(وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا)**[٦] أي متتابعات[٧].

(٥)أعلى الشئ: هو كل عال مرتفع قال الزجاج: الأَعْرافُ أَعالي السُّور، وفسر بعض المفسرين الأعراف في قوله تعالي:**(وعَلَى الأَعْرَافِ رِجَالٌ)**[٨] الأعراف أَعالي سُور بين أَهل الجنة وأَهل النار[9] ، وعلى هذا فللعرف معاني متعددة في اللغة إلا أنها تدور على معنى واحد وهو أن المعروف: اسم لكل فعل يعرف بالعقول[١٠].

وعليه يمكن تعريف القضاء العرفي لغةً بأنه "**الحكم المعتاد**" .

ثانيا :القضاء العرفي اصطلاحا :

أما القضاء اصطلاحا فقد تقدم تعريفه[١١]، وأما العرف في الاصطلاح فقد عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة إلا أن هذه التعريفات تدور في حقيقتها حول معنى واحد ، آلا وهو ما اعتاده الناس من الأقوال أو الأفعال ،والأمر لا يعدو سوى توسع بعضهم في القيود والمحترزات أو الإقلال منها .

---

[1]- انظر تعريف القضاء لغة صفحة (٦).

[2] - الأزهري : تهذيب اللغة(٣٤٤/٢-٣٤٥) ، الرازي: مختار الصحاح (٢٠٣- ٢٠٤) ، ابن منظور: لسان العرب (٢٨٦/٩-٢٨٧)، الفيومي: المصباح المنير (٢٤١)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٧٥٢- ٧٥٣).

[3] - نفس المصادر .

[4] - نفس المصادر .

[5] - نفس المصادر .

[6] - سورة المرسلات : الآية (١).

[7] - الأزهري : تهذيب اللغة(٣٤٤/٢-٣٤٥) ، الرازي: مختار الصحاح (٢٠٣- ٢٠٤) ، ابن منظور: لسان العرب (٢٨٦/٩-٢٨٧)، الفيومي: المصباح المنير (٢٤١)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٧٥٢- ٧٥٣) ، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٢٩٧/١٠)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (١٨٩/٨) ، تفسير الجلالين(٥٨٠).

[8] - سورة الأعراف جزء من أية (٤٦).

[9] - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٤٥٣/٤)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (٢٤٥/٣) ، تفسير الجلالين(١٥٦).

[10] - الأزهري : تهذيب اللغة(٣٤٤/٢-٣٤٥) ، الرازي: مختار الصحاح (٢٠٣- ٢٠٤) ، ابن منظور: لسان العرب (٢٨٦/٩-٢٨٧)، الفيومي: المصباح المنير (٢٤١)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٧٥٢- ٧٥٣).

[11]- انظر : تعريف القضاء اصطلاحا صفحة (٦).

وسأذكر بعض هذه التعاريف للبيان :

- "هو عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة عن الطباع السليمة"[1]

- "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"[2].

- " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول"[3].

- "هو ما ألفه المجتمع واعتاده وساد عليه في حياته من قول أو فعل"[4].

- "هي عادة جمهور قوم في قول أو فعل"[5].

- "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[6].

وسأشرح تعريفا واحدا مبينا ذلك .

العرف هو "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول".

(ما): من صيغ العموم فتشمل العرف الفعلي والعرف القولي .

(استقر في النفوس): قيد أخرج به كل ما يحصل بطريق الندرة فإنه ليس عرفا ، فإن العرف كل ما اعتاده وألفه وكرره الناس، وكل ما لم يعتده الناس ليس عرفا .

و(من جهة العقول): أي تكون سليمة ولم يصبها أي انحراف ، و أخرج به عما استقر في النفوس من الأهواء والشهوات.

(تلقته الطباع السليمة بالقبول): قيد أخرج به عما أنكرته الطباع أو بعضها ، فإنه نكر لا عرف[7] .

وبعد أن وضحنا تعريف كل من القضاء والعرف في الاصطلاح يمكننا أن نعرف القضاء العرفي بأنه :

- "**إخبار بحكم تعارف أهل بلدة أو مدينة على القضاء به عند حدوث حادثة معينة وفق إجراءات متبعة ومعتادة** ".

أو(إصدار حكمٍ مكفولٍ مستأنف أو غير مستأنف) .

شرح التعريف :

إصدار حكم : أي ما يتم إصداره من قبل القاضي العرفي وينقسم الحكم إلي نوعين .

الأول : يسمى في العرف "حق ركبة "[8] .

---

1 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر (٩٣) .

2 - ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير (٢٨٢/١) .

3- الجرجاني : التعريفات (١٨٨) .

4- زيدان:الوجيز في أصول الفقه(٢٥٢) .

5- الزرقا:المدخل الفقهي العام (١٣١/١) .

6- اختلف في نسبة هذا التعريف فمنهم من نسبه إلى الإمام الغزالي في كتابه المستصفى كالأستاذ الزرقا في المدخل (٨٤١/٢) ، وأبو زهرة في كتابه مالك (٣٥٣)، ومنهم من نسبه إلى للنسفي في كتابه المستصفى في فروع الحنفية كقوته في كتابه العرف حجيته (٩٤) ، والصحيح انه ليس للغزالي بعد مطالعتي لكتاب المستصفى ، وقد وجد هذا التعريف في مجموعة رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٢نقلا عن البيري في شرح الأشباه والنظائر عن النسفي .

7 - أبو سنة : العرف والعادة في رأي الفقهاء(٩) .

8 - سيأتي توضحيه بالتفصيل في مبحث (إصدار الحكم) .

الثاني : حق فيه الجاه والوجه[1] .

و أدخل فيه جميع الأحكام سواء التي توافق الشرع أو التي تخالفه[2] .

فالأحكام العرفية التي يحكم بها القضاة العرفين هي خليط من العادات والتقاليد، ومن الأحكام الشرعية[3].

وخرج به الأحكام الصادرة قبل اتخاذ قرار الحكم فإنه في العرف يسمى صلحا .

مكفول: وهذا قيد يخرج به الصلح أو الحكم غير مكفول، فإنه في القضاء العرفي لا يعتبر لازما للخصوم(أي الحكم غير مكفول) .

والقضاء العرفي يعتمد في الأساس على نوعين من الكفالة:

الأولى:الكفالة الشخصية:وهو أن يكفل أشخاصا بأوصاف معينة أصحاب الخصومة ، وينقسم هؤلاء إلى ما يكفل الخصم ويسمى في العرف كفيل "الوفا" ، وما يكفل صاحب الحق ويسمى كفيل "الدفا"[4]

الثانية: الكفالة المالية: وهو قيام الخصوم بدفع قيمة مالية عند القاضي العرفي ، ليستوفي منها عند خروج الحكم لخصمه .

وهذه غالبا ما تكون في القضايا المالية المختلف عليها .

مستأنف : وهذه تسمي في العرف "العدف" أي أن يسمي القاضي قاضيان غيره ويسمى في العرف (قاضي وإخوانه معه) يتم العدف عليهما في حالة إن لم يرض أحد الخصوم بالحكم ، ومتى تم إمضاء الحكم من القاضي المستأنف إليه كان الحكم بعد ذلك ملزما.

غير مستأنف : وذلك بأن يكون في القضية قاضيا واحدا يبت فيها، ويكون قوله ملزما للطرفيين ويسمي في العرف (واحد وحيد)[5] .

---

[1] - سيأتي توضحيه بالتفصيل في مبحث (إصدار الحكم) .

[2] - الأحكام التي توافق الشرع مثل(أحكام الديات ـ الصلح) والتي تخالفه مثل (البشعة ـ التشميس "البراءة"ـ قعود النوم ـ الرحيل) .

[3] - العبادي: القضاء عند العشائر الأردنية(١٩٨- ٢١٤) .

[4] - عارف العارف : القضاء عند البدو (٩١) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[5] - رجعت في تفسير ألفاظ هذا التعريف الى القضاة العرفيين ممن التقيت بهم أثناء كتابتي للرسالة .

المطلب الثالث

الألفاظ ذات الصلة بالقضاء الشرعي والعرفي

التحكيم

أولا :التحكيم لغة: القضاء وأصله المنع يقال (حَكَمْتُ) عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك ، و حَكَمْتُ بين القوم فصلت بينهم، والتحكيم معناه تفويض الأمر إلي الغير ، وإطلاق اليد فيه[١].

وتأتي بعدة معاني منها :الحكم والقضاء،الإتقان ، الحكمة ،الحلم[٢].

ثانيا : التحكيم اصطلاحا:

التحكيم اصطلاحا لا يخرج عن المعنى اللغوي وهو تفويض شخص أو أشخاص ليحكم بين الخصوم ، والمتتبع لتعاريف العلماء يجدها تدور حول تحكيم شخص أو أشخاص بصفات معينة[٣] ليحكم بين متخاصمين ، وأكثر هذه التعاريف هي وصف لعملية التحكيم[٤] ، وسنقتصر على ذكر التعاريف التي تعرف التحكيم ومنها .

- عرَّفَ ابن نجيم وابن عابدين والطرابلسي التحكيم بأنه " تولية الخصمين حكما يحكم بينهما"[٥].
- وعرَّفَ الباز التحكيم بأنه "اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما ليفصل في خصومتهما ودعواهما"[٦] .
- وعرَّفَ الزرقا التحكيم بأنه " عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما" [٧].
- وعرَّفَ الأسطل التحكيم بأنه "هو اتفاق طرفي الخصومة على تولية رجل أو أكثر ليفصل فيما تنازعاه بحكم الشرع دون القاضي المولى"[٨].

1 - الرازي: مختار الصحاح (٨٦) ، ابن منظور: لسان العرب (١٤٠/١٢)، الفيومي: المصباح المنير (٩٠)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٤١٥) .

2 - نفس المصدر .

3 - شروط المحكم للأسطل : التحكيم في الشريعة الإسلامية (٨٣ وما بعدها) ، السرطاوي : التحكيم في الشريعة الإسلامية (٤٣ وما بعدها) .

4 - القدوري: الكتاب (٣٦٢/١) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام : (٦٦/١) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج(٤٧٩/٤) ، ابن قدامة : المغني (٤٨٤/١١) ، البهوتي: شرح منتهى الإرادات(٤٦٧/٣) ، الحجاوي:الإقناع (٣٧٦/٤) .

5 - ابن نجيم : البحر الرائق (٢٩/١٨)، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٤٥٣/٥)، الطرابلسي: معين الحكام (٨٢/١).

6 - الباز : شرح المجلة(١١٦٣).

7 - الزرقا: المدخل الفقهي العام(٥٥٥/١).

8 - الأسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية (١٩) .

التعريف المختار :

الناظر إلى تعريفات العلماء يجدها تدور حول موضوع واحد ألا وهو تحكيم شخص أو أشخاص ليحكم بين متخاصمين وعليه فالتحكيم هو : "**تولية الخصمين فردا أو أكثر محكما ليحكم بينهما**" .

شرح التعريف:

تولية :التولية هي اتفاق بين المتنازعين على تعين شخص أو أشخاص ليقوموا بحل النزاع الحاصل بينهم .

الخصمين: هم أطراف الخصومة الذين يعينون المحكم ، ويجب أن يتفق طرفا الخصومة عليه وإلا لن يعطى صفة المحكم .

فردا أو أكثر : هو الشخص أو الأشخاص الذي يحكم بين المتنازعين بما فوضوه للنظر في قضيتهم. وأيضا حتى تدخل المرأة في جملة المحكمين وفقا لجواز أن تكون قاضيا على ما ذهب إليه الأحناف.

محكما : قيد أدخل فيه شروط المحكم وهي شروط القاضي إن اختلفوا في التخصص[١].

يحكم بينهما : سواء أكان هذا الحكم بالشريعة أو بالأعراف أو القوانين[٢] .

ثالثا : الفرق بين القضاء الشرعي والتحكيم .

- القضاء : تولية القضاء يكون للإمام أو من ينوب عنه، وليس لأحد من الرعية اختياره أو رده[٣].
- التحكيم : يتولاه المحكم برضا طرفي الخصومة ، ولا دخل للإمام في تولية المحكم[٤] .
  يقول الشربيني :" المحكم لا ينفذ حكمه إلا على راض به"[٥].
- للقاضي أن ينظر في جميع القضايا المعروضة عليه، سواء أكانت حدود أو جنايات أو أموال. بخلاف المحكم فإنه لا يجوز له النظر إلا في أشياء محددة[٦]، وبعض الأشياء لا يجوز له النظر فيها كالحدود مثلا[٧].
- عزل القاضي من صلاحية الإمام ،واستمرار بقائه في منصب القضاء منوط بالإمام[٨] ، بخلاف

---

1 - شروط المحكم للأسطل : التحكيم في الشريعة الإسلامية (٨٣ وما بعدها) ، السرطاوي : التحكيم في الشريعة الإسلامية (٤٣ وما بعدها) .

2- الأسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية (١٩وما بعدها) .

3 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٥/٧) ، ابن رشد :بداية المجتهد (٤٦١/٢) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧١/٤) ، الماوردى: الأحكام السلطانية(٦٩) ، ابن قدامة : المغني(٣٧٥/١١) ، السرطاوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية(١٢) .

4 - نفس المصادر السابق.

5 - الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧٩/٤) .

6 - ذكر ابن قدامة الكافي في مذهب الإمام أحمد (٢٢١/٤) ما نصه " واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أن تحكيمه يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان قياسا على قاضي الإمام وقال القاضي : يجوز حكمه في الأموال الخاصة فأما النكاح والقصاص وحد القذف فلا يجوز التحكيم فيها لأنها مبنية على الإحتياط فيعتبر للحكم فيها قاضي الإمام كالحدود.

7- الكاسائي : بدائع الصنائع (٢٢/٥)، ابن رشد :بداية المجتهد (٤٦١/٢) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧٩/٤) ، الماوردى: الأحكام السلطانية(٦٩)، ابن قدامة : المغني(٤٤٢/١١) .

8- الكاسائي : بدائع الصنائع (٢٢/٧) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٨٢/٤) ، ابن قدامة :المغني(٤٧٤/١١) .

المحكم فان استمراريته وعزله منوط بالمتخاصمين[١].

- إذا رفع للقاضي حكم من قاضي فليس له نقضه إذا لم يكن مخالفا لنص أو إجماع[٢] ، أما إذا رفع له من قبل المحكمين فله نقضه أو إمضاؤه خصوصا إذا كان من الأمور الاجتهادية[٣].
- المحكم غير مرتبط بمكان ، بينما القاضي مرتبط بمكان التولية[٤].
- جواز تولية أكثر من محكم في قضية ، بخلاف القضاء[٥] .

وهكذا يتبين أن القضاء أعلى رتبة من التحكيم وأن صلاحية المحكم أقل من صلاحية القاضي.

رابعا : مقارنة بين القضاء العرفي والتحكيم:

- عقد التحكيم عقد مراضاة ، وكذلك القضاء العرفي .
- عدم ارتباط التحكيم والقضاء العرفي بمكان .
- استمرار ولاية المحكم حتى انتهاء تحكيمه وكذلك القاضي العرفي .
- عزل المحكم منوط بالخصوم ، بينما في القضاء العرفي لا يمتلكون هذا الحق بعد إجراء عملية التقاضي .
- مصدر الأحكام في التحكيم والقضاء العرفي الشريعة أو الأعراف أو القوانين[٦] .
- يمكن أن يكون القاضي العرفي محكما ، وكذلك المحكم يمكن أن يكون قاضيا عرفيا بشروط[٧]
- يمكن أن تكون المرأة محكمة بخلاف القضاء العرفي .

وبهذا نجد أن ثمة اتفاق كبير في كثير من الجوانب بين التحكيم والقضاء العرفي وربما ليس ثمة من خلاف سوى في عزل المحكم أو القاضي ، وتزداد وجوه الشبه بينهما إذا كان التحكيم عرفيا ، أما إذا كان التحكيم شرعيا فإن دائرة الخلاف تتسع[٨] .

1- الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب(١٢/٤) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧٩/٤) .
2- الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب(١٢/٤) ، الكاسائي : بدائع الصنائع (٢١/٧) .
3- نفس المصادر .
4 - الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧١/٤)، ابن أبي الدم : أدب القضاء (٧٠).
5 - السرطاوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية(١٣).
6 - ملاحظة : يشترط في التحكيم في الشرع أن يكون مصدره الأحكام الشريعة انظر: السرطاوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية(٥٣) .
7 - انظر: شروط القاضي العرفي صفحة (٤٤) .
8 - التحكيم في الشرع مرجعه الأحكام الشرعية .

الصلح

أولا :الصلح لغة: الصَّلاحُ: ضد الفساد، وأَصْلَحْتُهُ فَصَلَحَ وأَصْلَحَ أتى بِالصَّلاحِ وهو الخير و الصواب، ، و الصُّلْحُ اسم منه وهو التوفيق ، و أَصْلَحْتُ بين القوم وفقت ، و تَصَالَحَ القوم واصْطَلَحُوا وهو صَالِحٌ للولاية له أهلية القيام بها[١].

ثانيا : الصلح اصطلاحا:

عرف الفقهاء الصلح بتعريفات وإذا تأملناها نجدها تدور حول معني واحد ألا وهو رفع النزاع وقطع الخصومة .

وسأذكر بعض التعريفات للبيان:

- "الصلح عقد يرفع النزاع"[٢].
- "عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي"[٣].
- "هو انتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه"[٤].
- الصلح: "معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين"[٥] .
- الصلح : "عبارة عن معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين مختلفين"[٦] .

تعليق على التعاريف :

الناظر إلى التعاريف يرى أنها لا تخرج عن المعنى اللغوي آلا وهو قطع النزاع ورفع الخصومة.

والملاحظ في التعاريف ما يأتي.

- أن عقد الصلح عقد مراضاة[٧].
- أن العقد يصبح لازما بعد انعقاد الصلح[٨].
- وكلمة (عقد) في التعريف أفادت ما يلي:
  - في عقد الصلح يكون كل طرف على بينة مما سوف يتنازل عنه وما سيقضى له أو عليه[٩].
  - يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه[١٠] .

---

1 - الرازي: مختار الصحاح (١٧٨)، ابن منظور: لسان العرب (٥١٦/٢)، الفيومي: المصباح المنير (٢٠٧)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٢٩٣) .

2 - ابن نجيم : البحر الرائق(٧/ ٢٧٨).

3 - الفتاوى الهندية(٤/ ٢٢٨).

4 - الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل(٢/٦).

5 - ابن قدامة : المغني(٣/٥) .

6 - المرداوي:الإنصاف(٢٣٤/٥).

7 - السرخسي : المبسوط (١٣٤/٢٠) ، الفتاوى الهندية(٢٤٤/٤) .

8 - الكاسائي : بدائع الصنائع(٥٣/٦)، البهوتي: شرح منتهي الإرادات(٢٦٣/٢) ، علي حيدر: درر الحكام(٤٧/٤) .

9 - السرطاوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية (٢٠) .

10 - ابن قدامة : المغني(٢٧/٥).

- الصلح يكون في حقوق العبد أما في حقوق الله فلا مجال للصلح فيه[١].

التعريف المختار:

هو الذي يشمل ما تقدم .

وعليه فالصلح : "عقد وُضِعَ لرفع المنازعة بالتراضي " .

ثالثا :الفرق بين الصلح والقضاء الشرعي .

- عقد الصلح عقد مراضاة ، بينما القضاء عقد إلزام .
- يشترط في القاضي شروطا عدة[٢]، بينما لا تشترط هذه الشروط في المصلح.
- الصلح يكون في حقوق العبد أما حقوق الله فلا ، بخلاف القضاء الشرعي يكون فيهما جميعا.
- الصلح ينفذ إرادة المتعاقدين بحيث لا تخالف الشرع فمثلا لو اتفقا على أكثر أو اقل من الدية جاز في الصلح ، بينما في القضاء الشرعي لا مجال في الزيادة أو النقصان .
- يجوز للقاضي أن يكون مصلحا ، قال الطرابلسي :"إذا خشي القاضي من تفاقم الأمر بين المتخاصمين أو كانا من أهل الفضل أو بينهما رحم أمرهما بالصلح"[٣]، بينما لا يجوز للمصلح أن يكون قاضيا إلا إذا توافرت فيه شروط القضاء وولاه الإمام[٤] .

رابعا : مقارنة بين الصلح والقضاء العرفي:

- إن عقد الصلح عقد مراضاة ، وكذلك القضاء العرفي أيضا.
- يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه ، وكذلك القضاء العرفي يكون فيما يجوز أخذ العوض عنه .
- العقد يصبح لازما بعد انعقاد الصلح[٥]، والقضاء العرفي يكون ملزما للمتخاصمين إذا كان مكفول
- الصلح يكون في حقوق العبد أما في حقوق الله فلا مجال للصلح فيه،أما في القضاء العرفي تكون في جميع الحقوق .
- في عقد الصلح يكون كل طرف على بينة مما سوف يتنازل عنه وما سيقضى له أو عليه ، وكذلك الأمر في القضاء العرفي قبل إصدار الحكم[٦] .

---

1 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٧٢/٦)، ابن قدامة : المغني(٢٨/٧) ، البهوتي: شرح منتهي الإرادات (٢٦٦/٢) .
2 - شروط القاضي الشرعي صفحة (٣٩وما بعدها) .
3 - الطرابلسي: معين الحكام (١٥٣)
4 - شروط القاضي الشرعي صفحة (٣٩وما بعدها) .
5 - الكاسائي : بدائع الصنائع(٥٣/٦)، علي حيدر: درر الحكام(٤٧/٤) ، البهوتي: شرح منتهي الإرادات(٢٦٣/٢).
6 - هذه الفروق توصلت إليها خلال معرفتي بأحكام الصلح شرعا ، ومعايشتي للقضاء العرفي ومخالطتي لأهله .

الحسبة

أولا :الحسبة لغة: هي طلب الأَجْرُ ، تقول فعلته حِسْبَةً أي أجرا ، والاحْتِسَابُ طَلَبُ الأَجْرِ من الله تعالى[١] .

ثانيا : الحسبة اصطلاحا:

عرف الفقهاء الحسبة بتعريفات كثيرة تدور معظمها حول معني واحد ألا وهو الأمر بالمعروف والنهي عن النكر.[٢]

وسأذكر بعض التعريفات للبيان:

١. الحسبة : هي الأمر بالمعروف ، إذا ظهر تركه. ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله[٣].

٢. الحسبة : هي الأمر بالمعروف ، إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله ، وإصلاح بين الناس[٤].

٣. الحسبة :عبارة عن منع منكر لحق الله ، صيانة للممنوع عن مقارفة المنكر[٥].

٤. الحسبة : هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر[٦].

التعريف المختار:

الحسبة : "هي الأمر بالمعروف ، إذا ظهر تركه. ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله".

وذلك لاشتماله عدة أمور:

١. كلمة"الأمر، النهي"حتى يشمل المحتسب (الموظف)من قبل الدولة، ويشمل المحتسب (المتطوع) ،وحتى يشمل الرجل والمرأة [٧].

٢. كلمة "المعروف":فهو اسم لكل فعل يعرف بالعقول ، والشرع حسنه،والمعروف كلمة شاملة تشمل جميع أنواع المعروف [٨] ،كالذي يعلق بحدود الله تعالى ،ويتعلق بحقوق الآدميين ،أو كان مشتركا[٩]، وكلمة "المنكر" : ما ينكر بهم[10].

---

[1] - الرازي: مختار الصحاح (١٧٨)، ابن منظور: لسان العرب (٣١٠/١) ،الفيومي: المصباح المنير (٢٠٧)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٢٩٣) .

[2] - اختلفوا في هل الحسبة متروكة للجميع أم أنها مختصة بأناس معينين بمعنى أنها من وظائف الدولة .

[3] - الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٠) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (٢٤٠) .

[4] - ابن الاخوة:معالم القربة في أحكام الحسبة (١٣).

[5] - الغزالي :إحياء علوم الدين(٢/ ٣٢٧).

[6] - ابن خلدون: المقدمة (١٧٨) .

7 - روى الطبراني في المعجم الكبير عن يحيى بن أبي سليم قال : رأيت سمراء بنت نهيك ـ وكانت قد أدركت النبي صلى الله عليه وسلم ـ عليها دروع غليظة وخمار غليظ بيدها سوط تؤدب الناس وتأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر ، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤٣٨/٩) رجاله ثقات.

[8] - انظر كتاب "نهاية الرتبة في طلب الحسبة" للشيزري لمعرفة أنواع المعروف.

[9] - الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٤) .

[10] - انظر كتاب "نهاية الرتبة في طلب الحسبة" للشيزري لمعرفة أنواع المنكرات.

٣. "إذا ظهر تركه" هذه الجملة تحتوي على أمرين:

أ . الظهور : حتى يكون الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ،والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، حتى نستبعد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا كان مستورا .

يقول" أبو يعلى الفراء" :(ليس للمحتسب أن يتجسس عنها ،ولا يهتك الأستار حذرا من الإستسرار بها)[١].

ب. "الترك" : وشرط الحسبة هي ترك الأمر بالمعروف ، وترك النهي عن المنكر[٢].

ولكن بما أن الحسبة من الأمور الخطيرة والتي تحتاج إلى معرفة "المعروف والمنكر" والتي يحتاج إلى القوة فيها فكان لابد من إشراف الدولة عليها لتصبح وظيفة دينية .

ثالثا : علاقة الحسبة بالقضاء الشرعي:

الحسبة : هي الأمر بالمعروف ، إذا ظهر تركه. ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله[٣].

والحسبة هي نوع من أنواع القضاء [٤]، والمحتسب هو القاضي الذي ينظر في كافة القضايا التي هي حقوق عامة ، ولا يوجد فيها مدع ، على أن لا تكون داخلة في الحدود والجنايات، إلا أن هناك محل اتفاق بينهما ومحل اختلاف .

محل الاتفاق :

هناك قضايا يجوز الادعاء فيها أمام المحتسب إذا خلت من التجاحد وأمام القاضي ألا وهي :

- القضايا التي تتعلق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن .
- التي تتعلق بغش أو تدليس في بيع أو ثمن .
- تتعلق بعطل أو تأخير في دين مستحق مع القدرة على الوفاء[٥] .

محل الاختلاف :

- للقاضي أن ينظر في كل القضايا التي تخرج عن نطاق القضايا الثلاثة السابقة وليس ذلك للمحتسب .
- للمحتسب التدخل في القضايا الثلاثة المتقدمة إذا كانت الحقوق معترف بها ، أما إذا دخلها التجاحد فلا تسمع إلا أمام القاضي.
- ليس للقاضي النظر إلا في القضايا المرفوعة إليه ، بينما يجوز للمحتسب الأمر بالمعروف

---

1 - الفراء : الأحكام السلطانية (٣٣٣) .
2 - الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٠) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (٢٤٠) .
3 - الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٠) .
4 - الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٠) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (٢٤١) .
5 - الماوردي : الأحكام السلطانية (٢٤١) ، الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٢- ٣٢٣) ، زيدان : نظام الحكم في الشريعة الإسلامية (٢٧٠) .

والنهي عن المنكر وإن لم يرفع إليه والتي لم تدخل في وظائف القاضي[1].

رابعا : علاقة الحسبة بالقضاء العرفي :

في ظل غياب القضاء الشرعي عن المجتمعات وانتشار الفساد والمنازعات والخصومات بين الناس ، كان لابد من حل مادة النزاع بين الناس بالسبل المتاحة .

فانبرى لهذا الأمر رجال الإصلاح من قضاة عرفيين وغيرهم ، ولذلك وجدنا نقاطا محل اتفاق بين القاضي العرفي والمحتسب ونقاط اختلاف .

محل الاتفاق :

يمكن للقاضي العرفي أن يقوم بالإصلاح حسبة لله تعالى لقوله تعالى : **(** لا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتَغَاء مَرْضَاتِ اللّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا **)**[2] .

ولقول رسول الله **r** **(** ليس بالكاذب من أصلح بين الناس فقال خيرا أو نمى خيرا **)** [3] .

محل الاختلاف :

- للمحتسب الاشتغال في إنكار المنكرات ولا يجوز أن يتشاغل عنها ، وليس ذلك للقاضي العرفي.
- ليس للمحتسب أن يأخذ مالا مقابل أعماله خصوصا إذا كان متطوعا ،أما إن كان موظفا من الدولة فانه يأخذ منها ، أما القاضي العرفي فإنه يأخذ مالا مقابل أعماله وفي بعض الأحيان لا يأخذ .
- مجال الحسبة في قضايا معينة ، أما القضاء العرفي فهو أوسع مجالا من الحسبة فهو يمثل دائرة الإصلاح والحكم بين الناس .
- شروط المحتسب[4] تختلف عن شروط القاضي العرفي[5] .

---

[1] - الماوردي : الأحكام السلطانية (٢٤١) ، الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٢-٣٢٣) ، زيدان : نظام الحكم في الشريعة الإسلامية (٢٧٠) .

[2] - سورة النساء : الآية (١١٤)

[3] - الترمذي : سنن الترمذي (٤٤٢)رقم الحديث ١٩٣٨ وقال عنه حسن صحيح ، وصححه الألباني.

[4] - لمعرفة شروط المحتسب انظر الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٠) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (٢٤١) .

[5] - شروط القاضي العرفي صفحة (٤٤) .

المبحث الثاني

حكم القضاء الشرعي والعرفي

ويحتوي على مطلبين

المطلب الأول : حكم القضاء الشرعي.

المطلب الثاني : حكم القضاء العرفي .

المطلب الأول

حكم القضاء الشرعي

أولا: حكم القضاء بالنسبة للإمام:

اتفق الفقهاء على أن القضاء فرض عين على الإمام، وذلك بأن يتولى بنفسه أو يعين القضاة على الأمصار والمدن للحكم بين الناس ، ولأن القضاء من الولاية العامة والإمام يجب عليه وجوبا عينيا أن يقوم بنفسه وإما بالإنابة عنه[١].

ثانيا: حكم القضاء بالنسبة للأفراد:

القضاء فرض كفاية على الأمة ،أن أقامه البعض سقط عن الباقي[٢].

أما حكم الدخول في القضاء وطلبه بالنسبة للأفراد فإنه يختلف باختلاف أحوال الأشخاص المعروض عليهم.

أولا :محل الاتفاق بين الفقهاء :

– إذا انحصرت صلاحية القضاء في أحد الناس تعين عليه قبوله إذا عرض عليه ، وأجبر من قبل الإمام عليه[٣].

– واتفقوا أيضا على أن من لا يصلح له يحرم له الدخول في القضاء أو طلبه ، فإن للقضاء شروط كثيرة تقتضى توافرها في الشخص ، بعضها محل اتفاق بين الفقهاء ، وبعضها محل اختلاف ، فمن تحققت فيه هذه الشروط جاز له قبول القضاء و غيره يحرم عليه قبوله و يحرم على الإمام تنصيبه[٤].

–واتفقوا أيضا على أن تقلد القضاء أو طلبه يكون حراما إذا كان من وراء تقلده أو طلبه أمرا حراما مثل أن يكون من أجل المباهاة والاستعلاء وتحصيل الجاه[٥].

ثانيا : مواضع الاختلاف بين الفقهاء :

– **طلب القضاء إذا تعين على شخص** : فقد ذهب جمهور الفقهاء وقول للإمام أحمد إلى أنه فرض عين عليه في هذه الحالة وذلك لان القيام بفرض الكفاية منحصر فيه فيكون واجبا عليه قبوله واستدلوا بقوله تعالى حكاية عن يوسف عليه السلام **(**قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَآئِنِ الأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ **)**[٦،٧] .

---

1 - الكاسائي : بدائع الصنائع(٣/٧) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (١٩/١) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧١/٤)، ابن أبي الدم : أدب القضاء (٧٠) ، ابن قدامة : المغني(٣٧٧/١١).

2 - الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧١/٤) ، ابن قدامة : المغني (١١/ ٣٧٤) .

3 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٥/٧) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (١٩/١) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧٢/٤) ، ابن قدامة : المغني(٣٧٧/١١) .

4 - نفس المصادر .

5 - نفس المصادر .

6 - سورة يوسف : الآية (٥٥)

7 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٥/٧) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (١٩/١) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧٢/٤) ، ابن قدامة : المغني(٣٧٧/١١).

ولكن مذهب الحنابلة عدم وجوب طلب القضاء في أي حال من الأحوال حتى ولو انحصرت أهلية القضاء في شخص من الأشخاص وقد نقلت روايتان عن الإمام أحمد:

أحداهما: انه قال بكراهة ذلك ، وذلك فإنه سئل هل يأثم القاضي إذا لم يوجد غيره ؟ قال لا يأثم وقال "لا يعجبني أن يدخل الرجل في القضاء وهو اسلم له " وقد استدلوا لذلك بالأحاديث التي تنهى عن طلب القضاء[١]، مثل حديث الذي رواه أبو هريرة قال قال رسول الله **r** " من جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين"[٢] .

والثانية : انه لا يكره له الطلب ولكن يجب عليه وقال الإمام أحمد "لابد للمسلمين من حاكم أفتذهب حقوق الناس"[٣] ، فقد رتب رحمه الله تعالى ضياع الحقوق على الامتناع عن طلب القضاء و إضاعة الحقوق حرام فيكون العزوف عن القضاء في هذه الحالة وعدم طلبه محرما و الطلب واجبا[٤].

- طلب القضاء من أجل الرزق:

ذهب الحنفية : إلى أنهم جعلوا الامتناع عن الدخول في القضاء أولى من القبول في غير حالة تعينه على أحد و كرهوا طلبه في غير هذه الحالة أيضا[٥].

وذهب بعض المالكية: إلى أن حكمه الإباحة بالنسبة لمن كان فقيرا كثير العيال[٦]، وذهب آخرون منهم إلى الاستحباب[٧] .

وذهب الشافعية: إلى أن طلب القضاء في هذه الحالة يكون مندوبا إذا كان الطالب محتاجا إلى الرزق ، ويكره للغني لما فيه من دخوله في الخطر من غير حاجة[٨].

وذهب الحنابلة إلى كراهة الطلب مطلقا حتى ولو كان من أجل رفع منكر[٩] .

- طلب القضاء من اجل إشهار العلم .

ذهب الحنفية والحنابلة إلى كراهة الطلب في غير الأحوال التي يتعين القيام فيها بالقضاء[١٠].

وذهبت المالكية والشافعية إلى أن طلب القضاء في هذه الحالة يكون مندوبا[١١].

---

1 - الفراء : الأحكام السلطانية(٨١) ، ابن قدامة : المغني(٣٧٧/١١) .

2 - الامام أحمد : المسند (٣٦٥/٢) رقم الحديث ٨٧٦٢ وحسنه شعيب الأرنؤوط ، ابن ماجة : سنن ابن ماجة (٣٩٥) رقم الحديث٢٣٠٨ وصححه الألباني.

3 - الفراء : الأحكام السلطانية(٨١) ، ابن قدامة : المغني(٣٧٧/١١) .

4 - نفس المصادر .

5 - ابن الهمام :شرح فتح القدير(٤٥٨/٤).

6 - ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١).

7 - الحطاب: مواهب الجليل(١٠٣/٦).

8 - الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٣/٤).

9 - الفراء: الأحكام السلطانية(٨١) ، ابن قدامة : المغني(٣٧٧/١١) .

10 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٥/٧) ، الفراء: الأحكام السلطانية(٨٢) ابن قدامة : المغني(٣٦٧/١١) .

11 - الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٢/٤) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١).

– **طلب القضاء من أجل المباهاة و الجاه و الشهرة:**

ذهب جمهور الفقهاء إلى كراهة طلب القضاء من أجل المباهاة والاستعلاء و تحصيل الجاه[١].

وذهب بعض الشافعية والمالكية إلى حرمة ذلك[٢] ، وذلك لقوله تعالى﴿ تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾[٣].

– **طلب القضاء ببذل المال .**

ذهب جمهور الفقهاء إلى حرمته مطلقا في حق الباذل و المبذول له و ذلك لما ورد عن رسول الله r انه قال "لعن الله الراشي والمرتشي"[٤]،[٥] .

و ذهب بعض الشافعية: إلى التفريق بين باذل الرشوة وقابلها فأما القابل: فالرشوة التي أخذها حرام عليه في جميع الأحوال وهو ملعون بنص الحديث(**لعن الله الراشي والمرتشي**)[٦]، وأما الباذل : فينظر إلى حاله فان كان القضاء فرض عين عليه أو كان مندوبا له توليه جاز له بذل المال ، ولكن الآخذ ظالما بالأخذ وقالوا : وهو شبيه بحالة تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذلك المال : وأما إذا لم يكن القضاء فرضا ولا سنة بالنسبة للشخص فلا يجوز بذل المال من اجل الحصول عليه[٧].

لكن القول الأول اصح لان دلالة الحديث جاءت عامة فلم تخصص حالة دون حالة ، ومن قال بتخصيص حالة فليأت بالتخصيص ، ولا يوجد دليل فيبقي الدليل على عمومه [٨].

---

1 - نفس المصدر .

2 - ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١) ، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٣/٤) .

3 - سورة فصلت : الآية (٨٣)

4 - أبو داود : سنن أبي داود (٥٤٢) رقم الحديث ٣٥٨٢ ،الترمذي : سنن الترمذي (٣١٥)رقم الحديث ١٣٣٦ وقال عنه حسن صحيح ، ابن ماجة: سنن ابن ماجة (٣٩٦) رقم الحديث ٢٣١٣ ، وصححه الألباني .

5 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٥/٧) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩)،الخطيب الشربيني: مغني المحتاج (٤٧٣/٤) ،الفراء: الأحكام السلطانية(٨٢) ، ابن قدامة : المغني(٤٣٨/١١) .

6 - سبق تخريجه .

7 - الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٤/٤) .

8 - هذا التقسيم مقتبس من نظرية الدعوى لياسين انظر صفحة(٦٦ وما بعدها). .

المطلب الثاني

حكم القضاء العرفي

هناك عدة اعتبارات يجب أن تؤخذ عند تبين الحكم الشرعي في القضاء العرفي .

الاعتبار الأول : العرف.

الاعتبار الثاني : اختلاف الدارين في الأحكام.

الاعتبار الثالث : الإكراه .

وسنعمل على تبين مدي هذه الاعتبارات وتأثيرها في حكم القضاء العرفي .

الاعتبار الأول : العرف

يرتبط حكم القضاء العرفي بمدى اعتبار العرف كمصدر للأحكام ، ومن المعروف أن العلماء اختلفوا في حجية العرف ، فمنهم من اعتبره حجة في إثبات الأحكام ومنهم من لم يعتبره ، وعليه فسنجد أن من قال بمشروعية القضاء العرفي يستند إلى القول الذي يقضي بحجية العرف ، ومن قال بعدم مشروعية القضاء العرفي يستند إلى القول الذي يقضي بعدم حجية العرف .

وهذا موجز لمذاهب العلماء في حجية العرف :

المذهب الأول : ذهب ابن حزم على عدم حجية العرف:

قال في معرض الرد على إبطال القياس : " ولا عرف إلا ما بين الله تعالى نصا أنه عرف وأما عرف الناس فيما بينهم فلا حكم له ولا معنى وما عرف الناس مذ نشأوا إلا الظلم والمكوس"[١].

المذهب الثاني : ذهب جمهور العلماء إلى اعتبار العرف الصحيح حجة[٢] :

قالوا إن العرف الصحيح هو الذي لا يخالف قواعد الشريعة وإن لم يرد نص خاص في موضعه [٣].

وقالوا إن "ما تعارفه الناس وليس فيه مخالفة لدليل من الأدلة ولا يفوت مصلحة أو يجلب مفسدة ، فهو لا يبطل واجبا لا يحل محرما فيكون واجبا "[٤].

هذا ويفهم من مذهب الجمهور أن اعتبار العرف له شروط منها :

١. ألا يخالف لنص شرعي :

يشترط في العرف ألا يكون مخالفا للشرع ، فإذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل نص شرعي أو

---

1 - ابن حزم :الإحكام في أصول الأحكام (١٢٣٤/٧) .

2 - ابن عابدين: مجموعة رسائل ابن عابدين (٢- ١١٢) ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر (٩٣) ،ابن عبد البر : التمهيد (١٦/ ٨٤) ، القرافي : الفروق(١٩٥/١) ،السيوطي: الأشباه والنظائر(٢٢١/١وما بعدها) ، ابن القيم الجوزية: إغاثة اللهفان (٥٥/٢) ، خلاف: أصول الفقه (٨٩) ، زيدان: الوجيز في أصول الفقه(٢٥٢).

3 - الباحسين : قاعدة العادة محكمة (٤٤) .

4 - بدران : أصول الفقه الإسلامي (٢٢٧) .

أصل قطعي ، فلا يعمل بذلك العرف[1] .

٢. أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف :

ومعنى ذلك أن يكون العرف سائدا معمولا به عند إنشاء التصرف ، ويخرج بذلك العرف السابق المتغير ، والعرف الحادث الطارئ[2] .

٣. أن يكون العرف مطردا أو غالبا :

ومعنى مطردا: أي أن يكون العمل بالعرف جاريا عند الناس وشائعا ومستمرا في جميع الحوادث دون تخلف واحد منها ، ومعنى أن يكون غالبا : أن يكون العمل به جاريا على أكثر الحوادث وان لم يكن في جميعها[3].

٤. ألا يعارض العرف تصريح بخلافه :

لا يتصور هذا الأمر إلا في المعاملات ، لان المعروف عرفا كالمشرط شرطا، فإذا صرح المتعاقدان خلاف العرف في العقد فلا يعمل بالعرف[4].

يقول الإمام العز بن عبد السلام:"كل ما ثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح"[5] .

٥. أن يكون العرف ملزما:

أي أن يحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس[6] .

الرأي المختار :

هو ما ذهب إليه الجمهور[7] .

يقول الإمام ابن عابدين ما نصه" وكذا المفتي الذي يفتي بالعرف ،لابد له من معرفة الزمان ، وأحوال أهله ، ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام ، وانه مخالف للنص أو لا ، ولابد له من التخرج على أستاذ ماهر ، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل ، فإن المجتهد لابد له من معرفة عادات الناس[8].

وبناء على ما تقدم يجوز للقاضي العرفي مراعاة الأعراف بالشروط المتقدمة أما على رأي ابن حزم فهذا غير معتبر .

---

1 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر حنفي (٩٥ وما بعدها) ، السيوطي : الأشباه والنظائر شافعي (٢٢٤ وما بعدها) ، الزرقا : المدخل الفقهي العام (٨٨٠/٢) .

2 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر حنفي (٩٥ وما بعدها) ، السيوطي : الأشباه والنظائر شافعي(٢٢٤ وما بعدها) ، الزرقا : المدخل الفقهي العام (٨٧٦/٢) ، قوته :حجية العرف (٢٣٩/١) .

3 - الزرقا : شرح القواعد الفقهية(٢٣٣) .

4 - الزرقا : المدخل الفقهي العام (٨٧٦/٢)

5 - العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام (١٥٨/٢) .

6 - الطنطاوي : أصول الفقه الإسلامي(٣١٣) .

7 - التعامل بالعرف على أنه مناط للأحكام وليس مصدرا للأحكام .

8 - ابن عابدين : رسائل ابن عابدين (١٢٧/٢)

الاعتبار الثاني : أثر اختلاف الدارين في الأحكام .

انقسم الفقهاء لاعتبار أثر الداريين في اختلاف الأحكام إلى فريقين .

الفريق الأول : مذهب الأحناف:

إن المتتبع لمذهب الأحناف يرى مدى ملاحظة المذهب إلى اعتبار الدار ومدى تأثيرها في الأحكام. وقد نرى ملاحظة اختلاف الدار في الأحكام ، فمنها جواز الصرف بالزيادة أو الأجل في دار الحرب [1] ، أو منع العقوبات فيها[2] .

فعلى سبيل المثال فلو زنا المسلم في دار الحرب ، أو سرق ، أو قذف مسلماً لا يؤخذ بشيء من ذلك، وكذلك إذا قتل مسلماً لا يؤخذ بالقصاص وإن كان عمداً، ولو فعل شيئا من ذلك ثم رجع إلى دار الإسلام لا يقام عليه الحد أيضاً، ويضمن الدية خطأ كان أو عمداً، إلا إذا غزا الخليفة مع المسلمين فله أن يقيم الحدود .

واستدلوا على ذلك بأن إمام المسلمين لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية، ولو رجع إلى دار الإسلام لا يقام عليه الحد؛ لأن الفعل لم يقع موجباً أصلاً – أي موجِباً للقصاص – لتعذر الاستيفاء إلا بالمنعة والمنعة منعدمة، ولأن كونه في دار الحرب أورث شبهة في الوجوب، والقصاص لا يجب مع الشبهة[3].

المذهب الثاني : مذهب الجمهور:

هو عدم التفريق بين دار الحرب ودار الإسلام في الأحكام وذلك لان الأدلة جاءت عامة لا تخصص بمكان دون مكان فتبقي على عمومها .

ثمرة الخلاف وعلاقته بالقضاء العرفي :

وتتضح ثمرة الخلاف في الأحكام التي تخالف الشرع هل يجوز التعامل بها في دار الحرب أم لا فعند الأحناف أن المتعامل بها غير مؤاخذ بها عقوبة لا ديانة ، وبعضها غير مؤاخذ بها لا عقوبة ولا ديانة مثل الصرف مع التفاضل ، وعند الجمهور خلاف ذلك [4].

وعليه فإن القاضي العرفي إذا حل القضايا في دار حرب بشكل مخالف للشرع فهو غير مؤاخذ عند الأحناف ، وعند الجمهور على خلاف الأحناف .

---

1 - السر خسي : المبسوط (٥٧/١٤) .
2 - الكاسائي : بدائع الصنائع (١٣١/٧) .
3 - نفس المصدر .
4 - هل الدار التي يعيش فيها المسلمون اليوم دار حرب أم دار إسلام ، فقد ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن دار الحرب : هي الدار التي تظهر فيها أحكام الكفر - الكاسائي : بدائع الصنائع (١٣١/٧) ، و ذهب الإمام مالك : إن دار الحرب هي التي يغلب عليها حكم الكفر - مالك : المدونة: (٢٢/٢) ، وكذا في الإنصاف للمرداوي(١٢١/٤) ، وقال البيجرمي دار الإسلام : هي كل أرض تظهر فيها أحكام الإسلام- البيجرمي : حاشية البيجرمي (٢٢٠/٤) .
وبناء على ما تقدم يتضح أن الدار اليوم "دار حرب " لظهور أحكام الكفر وقوانينه بغض النظر عن ساكنيه ، فالناس مسلمون ،وعليه لا اعتبار للناس في تعريف مصطلح الدار .

الرأي المختار :

والذي نميل إلى ترجيحه هو رأي الجمهور وذلك لعموم الأدلة فالله تعالى يقول : **(**وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ**)**[1] ، وقال : **(**ولَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**)**[2] ، وقال: **(**وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ**)**[3].

فهذه أدلة عامة لا تختص بمكان دون مكان فتبقي على عمومها .

ولكن مع ملاحظة عدة أمور .

– ملاحظ اختصاص الجهة التي تعلقت بها الأحكام ، فمثلا إقامة الحدود والقصاص متعلق بالإمام أومن ينوب عنه[٤] ، وأحكام تعلقت بالجماعة كصلاة الجمعة مثلا ، وأحكام تعلقت بالفرد مثل الصيام ، وعليه لا يجوز لأي جهة أن تتعدى حدودها ، فلا يجوز للأفراد ولا الجماعات أن يقيموا حد الردة مثلا أو حد الزنا لأنه يختص بالإمام أو من ينوب عنه .

– دائرة الحكم تضم القضاء والتحكيم والصلح ، والتفريق بينهم يجب أن يلاحظ ، فلا يجوز تقلد دور القاضي الشرعي لأن توليته منوطة بالإمام ونفوذ قوله من سلطان الإمام ، فالمدار المتاح للقضاة العرفيين هو دائرة التحكيم والصلح .

– الاختلاف المتقدم القائم بين الفقهاء ذلك أيام أن كان للمسلمين دولة وإمام ، أما بعد أن غيبت دولة الإسلام وغيبت الشريعة ، واحتل الكفار بعض بلاد المسلمين ، أصبح الوضع استثنائيا ، وأصبحنا نحتاج إلى معالجة هذا الوضع الاستثنائي ، فذكر بعض العلماء هذه الحالة وذكروا لها العلاج **حيث قالوا** " وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار ، يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ليقضي بينهم أو يكون هو الذي يقضي بنيهم فإن لم يستطيعوا ذلك فليجعلوا بينهم محكما يحكم بينهم "[٥]

الاعتبار الثالث: الإكراه

الإكراه لغة :

أصل الإكراه لغة مأخوذ من الفعل كَرِهَ ، والاسم الكَرهُ ، ويراد به كلّ ما أكرهك غيرك عليه ،بمعنى : أقهرك عليه ، وأمّا الكُرْه فهو المشقّة ، يقال : قمت على كُرْه ، أي : على مشقّة .

---

1 - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٤) .
2 - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٥) .
3 - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٧) .
4 - يقول القرطبي"لا خلاف أن القصاص في القتل لا يقيمه إلا أولو الأمر، فرض عليهم النهوض بالقصاص وإقامة الحدود وغير ذلك، لان الله سبحانه خاطب جميع المؤمنين بالقصاص، ثم لا يتهيأ للمؤمنين جميعا أن يجتمعوا على القصاص، فأقاموا السلطان مقام أنفسهم" القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٢٤٥/٢) ، الشوكاني : فتح القدير (٢٩٥/١).
5 - ابن الهمام :شرح فتح القدير (٤١٦/٥) ، ونحوه ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار(٣٩٠/٥) ، العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٨٣/١) ، زيدان : القضاء في الشريعة الإسلامية(٣٣).

والفرق بين الكَرْهِ والكُرْهِ : أنّ الأوّل هو فعل المضطرّ ، بينما الثاني هو فعل المختار [١].

الإكراه اصطلاحا :

عرف الإكراه بتعاريف عدة إلا أنها تدور حول إجبار شخص على فعل أو قول من قبل شخص آخر يقدر على تنفيذه بحيث يفقد المُكرَه اختياره ورضاه كليا أو جزئيا [٢] .

ومن هذه التعريفات :

–"هو حمل إنسان على عمل أو ترك بغير رضاه ، ولو تُرِك بدون إكراه لما قام به"[٣].

–"هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ، ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه"[٤].

– "هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ، ويصير الغير خائفا به"[٥].

– "اسم لفعل يفعله المرء بغيره ، فينتفي به رضاه ، أو يفسد به اختياره"[٦] .

وبالنظر إلى ما اشتملت عليه تعريفات الإكراه السابقة على اختلاف ألفاظها يتبين أن كلّ ما جاء في تعريف الإكراه اصطلاحا، وإن اختلفت ألفاظه ،إلا أنها تؤدّي إلى نفس المعنى ، فالإكراه إرغام الغير الآخرين على فعل ما أو قول معيّن ، بحيث يكون الشخص المُكْرَه غير راض به وغير مختار له ،لأن واقع الإكراه يكون في مقابل الرضا والاختيار ، فيشترط في تحقّق الإكراه انتفاء الرضا والاختيار .

ذكر العلماء شروطًا للإكراه منها :

– أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب .

– أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به ، والعجز عن دفعه والهرب منه .

– أن يكون مما يلحق الضرر به [٧] .

وقد ضُبط "بأنه يحصل بكل ما يُؤثِرُ العاقل الإقدام عليه ، حذرا من ما هدد به ، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، والأفعال المطلوبة ، والأمور المخوف بها ، فقد يكون الشيء إكراها في شيء دون شيء ، وفي حق شخص دون شخص"[٨].

---

1 - ابن منظور : لسان العرب (٨٠/١٢) .

2 - قال ابن حجر : واختُلف فيما يهدد به ، فاتفقوا على القتل وإتلاف العضو والضرب الشديد والحبس الطويل، واختلفوا في يسير الضرب والحبس كيومٍ أو يومين..... فأخرج عبد بن حميد بسند صحيح عن عمر قال : ليس الرجل بأمين على نفسه إذا سُجن أو أوثِقَ أو عُذِّب ، ومن طريق شُريح نحوه وزيادة ولفظه «أربعٌ كلهن كُره: السجن والضرب والوعيد والقيد ، وعن ابن مسعود قال « ما كلامٌ يدرأ عني سوطين إلا كنت متكلماً به... ثم قال وهذا رأي الجمهور خلافا للأحناف - ابن حجر العسقلاني : فتح الباري (٤٤١/١٢) .

٣- ابن عابدين : رد المحتار (١٢٨/٦) ، الخضري : أصول الفقه (١٠٦) .

4 - التفتازاني : التلويح على التوضيح (١٩٦/٢) .

5 - عبد العزيز البخاري : كشف الأسرار (١٥٠٣/٤) .

6- السرخسي : المبسوط (٣٨/٢٤) .

٨- ابن رشد : بداية المجتهد (٦١/٢) ، الشيرازي : المهذب (٧٨/١) ، الخطيب الشربيني مغني المحتاج (٢٧٩/٣) ، ابن قدامة : الشرح الكبير(٣٦٧/٢) .

8 - السيوطي : الأشباه والنظائر (٤٢٤/١) .

وقال بعضهم :والذي يظهر أن تحديد الإكراه عائد لما يراه الحاكم ، والمفتي ، فما رأى أنه إكراه أبطله لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس[1] .

علاقة القضاء العرفي بالإكراه :

الناظر إلي أحكام القضاء العرفي ، يجد أن هناك أحكام موافقة للشرع وهذه الأحكام لا مجال للإكراه فيها ، بل الواجب أن يجبر المسلم عليها جبرا لقوله تعالى **(** وَمَاكَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلاَ مُؤْمِنَةٍ **إِذَا** قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ **)**[2] .

وأما الأحكام التي تخالف الشرع والتي ظهرت في غياب تحكيم الشرع في المجتمع ،فسادت بعض الأحكام الجاهلية كالقبلية والانتصار للذات وغيرها ، وتحكم بعض الأحكام التي تخالف الشرع يرى الإنسان نفسه مجبرا ومكرها على الالتزام بها ، فمثلا (قعود النوم أو الرحيل) تجد القاضي العرفي وحتى جهات التحكيم الشرعية تلزم الجهة الجانية على تنفيذها لحل النزاع القائم أو يأمرهم بالرحيل فتلتزم تلك الجهة مكرهةً بتنفيذ هذا الحكم.

ولذلك إذا وجد الإكراه بالشروط المتقدمة ، فإن الشخص الذي يكره على التعامل بالإحكام العرفية المخالفة للشرع يكون معذورا والله اعلم .

1- ابن قدامة : المغني (٣٥٣/١٠) ، ابن القيم : إعلام الموقعين (١٠٨/٣) .

2 - سورة الأحزاب : الآية (٣٦) .

الحكم الشرعي في القضاء العرفي

إن المتتبع للقضاء العرفي ودوره الكبير في حل النزعات يجد أن معظم أحكامه تتوافق مع الشريعة الإسلامية ، وأنها تعتبر من قبيل الصلح والتحكيم لا من قبيل القضاء ، لأن القضاء كما سبق بيانه أنما يكون من القاضي الشرعي الذي ينصبه الإمام ، وأما الأحكام العرفية التي تخالف الشرع فلا تعتبر من قبيل الصلح أو التحكيم ، والقضاء في قطاع غزة أصبحت صفته الظاهرة في أغلب الأحوال أنه يتوافق مع الأحكام الشرعية وذلك لعدة أمور .

- تنامي الوعي الديني بين الناس .
- رغبة الناس في تحكيم الشريعة وبالتالي تساؤلهم عن مدى موافقة الأحكام مع الشرع.
- اختلاط القضاة العرفيين مع القضاة الشرعيين ، وبالتالي استبعاد الأحكام التي تخالف الشرع .

وعلى ذلك فإن الأحكام العرفية منها ما يوافق الشرع ومنها ما يخالفه ، وهذا بيان لكل نوع منها :

النوع الأول : الأحكام التي تخالف الشرع :

وهى الأحكام التي تخالف نصا أو قاعدة شرعية مثل (البشعة – قعود النوم – التشميس) [1]، وهذه يجب ردها

وعلى هذا ينطبق عليه حديث عائشة رضي الله عنها قالت :قال رسول الله r " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد"[2].

والحقيقة أن هذا الأمر محل اتفاق بين العلماء ، وحتى الأحناف القائلون باختلاف بعض الأحكام باختلاف الدارين ، قالوا هذا الأمر بناء على أدلة شرعية عندهم .

وعلى ذلك لا يجوز التعامل بالأحكام التي تخالف الشرع ، وسنعمل على تبيين الحكم الشرعي على من يتعامل بهذه الأحكام سواء أكان القاضي أو المتحاكم .

أولا : القاضي[3] :

إن الله أوجب الحكم بالشرع[4] ،فلا يجوز للقاضي الشرعي أو العرفي الحكم بالأعراف التي تخالف الشرع حيث قال في محكم التنزيل **(**وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ**)**[5] ، وقال : ولَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**)**[6] ، وقال: **(**وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ**)**[7].

---

[1] - سيأتي بيان ذلك في فصل الإجراءات القضائية وفصل أهم القضايا في المجتمع .

[2] - البخاري: الجامع الصحيح (٣ / ١٨٤) رقم الحديث ٢٦٩٧، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٤٣/٣) رقم الحديث ١٧١٨.

[3] - سواء أكان القاضي الشرعي أم كان القاضي العرفي .

[4] - الحكم كما قدمنا يشمل القضاء والتحكيم والصلح .

[5] - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٤) .

[6] - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٥) .

[7] - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٧) .

يقول ابن تيمية "ولا ريب أن من لم يعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله على رسوله فهو كافر فمن استحل أن يحكم بين الناس بما يراه هو عدلا من غير إتباع لما أنزل الله فهو كافر فإنه ما من أمة إلا وهي تأمر بالحكم بالعدل وقد يكون العدل في دينها ما رآه أكابرهم بل كثير من المنتسبين إلى الإسلام يحكمون بعاداتهم التي لم ينزلها الله سبحانه وتعالى كسوالف البادية وكأوامر المطاعين فيهم ويرون أن هذا هو الذي ينبغي الحكم به دون الكتاب والسنة"[1].

ولذلك يجب على القاضي العرفي أن يكون تحت دائرة الشرع سواء أكان في القضاء أو التحكيم أو الصلح ، وكما قلنا أن دائرة الصلح هي المتاحة للقضاة العرفين أكثر من غيرها ، لما في غيرها من الشروط غير المتاحة للقضاة العرفيين .

ثانيا : المتحاكم :

مما لاشك فيه أنه لا يجوز لمسلم التحاكم إلى قانون أو حكم يخالف شرع لقولة تعالى **(** فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً **)**[2]، فالله نفى الإيمان عن كل من يرغب عن حكم الله مستحلا ذلك مما يدل على وجوب التحاكم إلى شرعه وعدم الخروج عليه .

وعليه يجب على الناس التحاكم لشرع الله في حل نزاعاتهم ومشاكلهم ، والمتاح اليوم هو التحكيم أو الصلح فوجب الرجوع إليهما في حل النزاع ولا يجوز غير ذلك ، وسواء أقام بالتحكيم أو الصلح قاضي عرفي أم غيره فكله جائز .

النوع الثاني : الأحكام التي توافق الشرع :

وهي الأحكام التي توافق الكتاب والسنة وقواعد التشريع وهي كثيرة[3] ، وشرطها أن تكون مأخوذة من الكتاب والسنة[4] سواء أكان الذي يدل عليها دليل تفصيلي أم كانت تندرج تحت دليل إجمالي[5].

ودليل مشروعيتها قوله تعالى **(**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللّه**)**[6] فالله تعالى طلب منا الاحتكام إلى شرعه ، ودائرة الشرع تتمثل (بالقضاء – التحكيم – الصلح) .

والأحكام العرفية من باب الصلح أو التحكيم وهذا جائز شرعا .

---

1 - ابن تيمية : منهاج السنة النبوية (٥/ ١٣٠) .

2 - سورة النساء : الآية (٦٥) .

3 - سيأتي بيان ذلك في فصل الإجراءات القضائية وفصل أهم القضايا في المجتمع .

4 - قال الآمدي في الأحكام(٢٢٧/١) "المقدمة الثانية في معنى التأسي والمتابعة والموافقة والمخالفة أما التأسي في الفعل فهو أن تفعل مثل فعله على وجهه من أجل فعله ، فقولنا (**مثل فعله**) لأنه لا تأسي مع اختلاف صورة الفعل كالقيام والقعود ، وقولنا (**على وجهه**) معناه المشاركة في غرض ذلك الفعل ونيته لأنه لا تأسي مع اختلاف الفعلين في كون أحدهما واجبا والآخر ليس بواجب وإن اتحدت الصورة ، وقولنا(**من أجل فعله**) لأنه لو اتفق فعل شخصين في الصورة والصفة ولم يكن أحدهما من أجل الآخر كاتفاق جماعة في صلاة الظهر مثلا أو صوم رمضان إتباعا لأمر الله تعالى فإنه لا يقال بتأسي البعض بالبعض، و نحوه الشوكاني : إرشاد الفحول (٨٨/١) ، الأصبهاني : بيان المختصر (٢٨٢/١)،الرازي : المحصول(٦٨٥/٢) .

5 - مثل الجزئيات المندرجة تحت الكليات أم الأمور المسكوت عنها .

6 - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٨) .

المبحث الثالث

أنواع القضاة في الشرع والعرف

ويحتوي على أربعة مطالب

المطلب الأول : أنواع القضاة في الشرع .

المطلب الثاني: أنواع القضاة في العرف .

المطلب الثالث: شروط القاضي الشرعي والعرفي .

المطلب الرابع : مقارنة بين القضاء الشرعي والعرفي .

المطلب الأول

أنواع القضاة في الشرع

قبل الدخول في تقسيم القضاة كان لابد من التعرض إلى تعريف القاضي.

أولا : القاضي لغة : "هو القاطِع للأُمور المُحِكم لها واسْتُقْضِي فلان أَي جُعِل قاضِياً يحكم بين الناس ، والقاضي: من يقضي للناس"[1].

ثانيا :اصطلاحا: "هو من نصبه الإمام بناحية مخصوصة لينفذ بها الأحكام ويأخذ على أيدي مرتكبي خلاف الحق"[2] .

أو "هو الذات الذي نصب ، وعين من قبل السلطان ، لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس ، توفيقا لأحكامها المشروعة"[3].

ينقسم القضاة في الشرع إلى ثلاثة أقسام[4] :

١. قاضي الخصومات(القاضي العادي) :

هو القاضي الذي نصب من قبل الإمام لتولي وظيفة مخصوصة غير الاحتساب والمظالم ، يقول الفقهاء إن محاكم القضاء العادي هو جهة الولاية الأصلية في إنهاء منازعات الناس ، مدنية كانت أم جنائية ، وهذه الاختصاصات لم تنقل إلى القضاة دفعة واحدة ، وإنما استأثر الخلفاء والولاة في الصدر الأول بالنظر في الأمور الهامة كالحدود والقصاص والجروح، ثم تنازلوا عنها للقضاة[5].

اختصاص قاضي الخصومات:

– النظر في الجروح والدماء وإقامة الحدود وتنفيذ التعازير.

– قطع المنازعات وفصل الخصومات عن طريق الرد إلى الصلح أو القضاء في القضية ، واستيفاء الحقوق إلى أصحابها وردع الظالمين عن التعدي و الغصب .

– تصفح الشهود والأوصياء وتعيينهم ، وثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف لجنون أو صغر، وحفظ أموال اليتامى ، وتنفيذ الوصايا.

– النظر في الأوقاف والمصالح العامة من عمارة المساجد وإصلاح الطرقات[6] .

---

1 - ابن منظور: لسان العرب (١٨٦/١٥).
2 - الميناوي: التعاريف(٥٦٩) .
3 - المجلة :مادة (١٧٨٥) .
4 - الفراء :الأحكام السلطانية (٣٢٠ وما بعدها) ، الماوردي: الأحكام السلطانية (٢٤٠وما بعدها) .
5 - الفراء :الأحكام السلطانية (٣٢٠ وما بعدها) ، الماوردي: الأحكام السلطانية (٢٤٠وما بعدها) ، ابن قدامة المغني(٣٧٥/١١) ، عرنوس : تاريخ القضاء في الإسلام (٢٤) .
6 - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٦٠/٢) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (٧٠) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام(٦٥/١) .

٢. قاضي المظالم :

قاضي المظالم هو "قاض ينصب لرفع كل مظلمة تحصل من الدولة على أي شخص يعيش تحت سلطان الدولة ، سواء أكان من رعاياها أم من غيرهم ، وسواء حصلت هذه المظلمة من الخليفة أم ممن هو دونه من الحكام والموظفين"[١].

اختصاص قاضي المظالم:

– المظالم الواقعة من الولاة على الرعية وعلى من تحت سلطانهم من العمال .
– النظر في أمور جباة الضرائب ، وما يرتكبونه من جور في الجباية .
– متابعة موظفي الدولة و مراقبتهم .
– النظر في تظلم الموظفين والعسكريين فيما يتعلق بأرزاقهم وأوضاعهم والعنت الواقع بهم .
– تنفيذ أحكام القضاة وأوامر المحتسب التي عجز عن تنفيذها .
– النظر في المظالم المتعلقة بمخالفة رئيس الدولة لأحكام الشرع .

فتمتلك محكمة المظالم صلاحية النظر في أية مظلمة من المظالم سواء أكانت متعلقة بجهاز الدولة ، أم متعلقة بمخالفة الخليفة لأحكام الشرع ، أم متعلقة بمعني نص من النصوص من نصوص الدستور ، والقانون ، وسائر الأحكام الشرعية المتعلقة بتظلم الرعية من القوانين الإدارية المتعلقة بمصالحها ، أم متعلقة بفرض ضريبة من الضرائب ، أم غير ذلك[٢] .

٣. قاضي الحسبة :

تقدم البحث في الحسبة وأنها : هي الأمر بالمعروف ، إذا ظهر تركه. ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله[٣].

أو هي "وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر ، الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين يعين لذلك من يراه أهلا له فيتعين فرضه عليه ويتخذ الأعوان على ذلك و يبحث عن المنكرات و يعزر و يؤدب على قدرها و يحمل الناس على المصالح العامة في المدينة"[٤].

فالمحتسب هو "القاضي الذي ينظر في كافة القضايا التي هي حقوق عامة ولا يوجد فيها مدع ، على أن لا تكون داخلة في الحدود والجنايات"[٥] .

---

1 - الفراء: الأحكام السلطانية(٨٧) ، الماوردي : الأحكام السلطانية (٨٢) ، النبهاني : أجهزة دولة الخلافة (١٢٠)
2 - الماوردي : الأحكام السلطانية (٨٢) ، الفراء: الأحكام السلطانية(٨٧) ، النبهاني : أجهزة دولة الخلافة (١٢٣)، محمد الزحيلي : أصول المحاكمات الشرعية (٧٣)، زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية (٤٧٢).
3 - الفراء : الأحكام السلطانية (٣٢٠)
4 - ابن خلدون : المقدمة (١٧٨) .
5 - النبهاني : أجهزة دولة الخلافة (١١٨)

اختصاص قاضي الحسبة:

اختصاص قاضي الحسبة كما يؤخذ من التعريف ويشمل على أمرين:

الأول : الأمر بالمعروف فيما يتعلق بحقوق الله تعالى ، أو وحقوق الآدميين أو الحقوق المشتركة بينهما.

الثاني : النهي عن المنكر ،سواء كانت المنكرات تتعلق بحقوق الله تعالى أو حقوق الآدميين أو الحقوق المشتركة بينهما.

الثالث: يعزر و يؤدب على قدر التجاوزات التي تحصل[1] .

---

[1] - الفراء: الأحكام السلطانية(٣٢٠) ،ابن الاخوة: معالم القربة في أحكام الحسبة(١٣)،الغزالي: إحياء علوم الدين(٢/ ٣٢٧) .

المطلب الثاني

أنواع القضاة في العرف[1]

خلال البحث والتنقيب مع بعض القضاة العرفيين ، وجدت تقسيما للقضاة على حسب خبراتهم ، وهذه الخبرة أخذت من طبيعة العمل الذي كان يمارسه هذا القاضي ، فالذي كان يمتلك أرضا ، وكان قاضيا كان يختص بالأرض وكان يسمى (أهل الديار) ، وهذا الاختصاص معمولا ببعضه ، ومنه من تلاشى خصوصا في قطاع غزة ، وإن كان معمولا به في سيناء ، ولكن استعيض عن التخصص بأهل الخبرة ، فمثلا استعيض عن (قصاصين الدم) بالأطباء ، فيقوم القاضي العرفي بسؤال الطبيب عن طبيعة الجرح أو العجز في العضو ، وبناء على هذا الوصف يتم تقدير الجراح والأعضاء .

فالقضاة في العرف هم :

١. **قاضي "الملم"** :هو القاضي الذي يتفق الخصمان على الجلوس عنده وعمله يتلخص في الأمور التالية :
   - حصر حجج المتخاصمين في نقاط محددة وهو ما يعرف بدفن الحصى[2].
   - إحالة المتخاصمين إلى القضاة المختصين بنوعية القضية.
   - الرجوع إليه إذا تم الاختلاف في الادعاء من عند القضاة المختصين.
   - قاضي الملم لا يحكم في الخصومة ولا يأخذ الرزقة إلا إذا أراد الخصوم التقاضي عنده.

٢. **قاضي "الكبار"** هو القاضي الذي يحق له البت في كل القضايا ، وبإمكانهم حل أي خلاف بين المتخاصمين ، ويكون لكل قبيلة ثلاثة "كبار"معروفين يتم الرجوع إليهم لحل القضايا، وعمل قاضي "الكبار" يتلخص في الأمور التالية :
   - حل القضايا المرفوعة إليه.
   - إحالة المتخاصمين إلى القضاة المختصين بنوعية القضية.
   - هم الذين يحددون نوعية الحق لتتلاءم مع الظروف القائمة.

٣. **قاضي "المناشد"** هو القاضي المختص بالقضايا الخطيرة في نظر العرف كقضايا "العرض ، الوجه ، ودخول البيت " وسميت منشد لان صاحب الحق يقوم بإنشاد حقه دون أن يتكلم الخصم بكلمة واحدة ، حتى يتم إسكاته من قبيل أحد الحاضرين غير الخصم، وهم نوعان : الأول : هو الذي

---

[1] - عارف العارف : القضاء بين البدو (٥٤- ٥٧) ، الحشاش : قضاء العرف والعادة(٢٢ – ٢٥)، ثابت: القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع.(٧٩ وما بعدها) .

[2] - يقوم الخصوم بإدلاء الحجج أمام القاضي فتسمى في العرف "دفن الحصى" .

استشارته هل نوعية هذه القضية تستأهل المنشد أم لا . والثاني هو الذي يحكم على القضية بالمنشد[١] .

٤. **قاضي "أهل الديار"** هو القاضي المختص بقضايا الأرض من بيع وشراء ورهن وحدود ، وهم غالبا يكونون من أصحاب الأملاك.

٥. **قاضي "الرسان"** هو القاضي المختص بقضايا الخيل ، وهم يعرفون في الخيول الأصيلة، ويعرفون أصولها وأنواعها وأمراضها ، وتعالج عندهم المشاكل الناجمة عن بيعها أو تفضيلها أو إعارتها أو سرقتها ، وهم على علم تام بصفاتها.

٦. **قاضي "الضريبية"**: هو القاضي المختص بالفصل في القضايا ،أي يفصل بين الطرفين المتنازعين في أحقية رفع القضية إلى قضاة تغريم أم لا، ومن عمله أيضا انه يقضي في قضايا الأموال.

٧. **قاضي "الزيادي"** : هو القاضي المختص بالقضايا التي تلحق مرتكبها زيادة عن قيمتها نظرا لارتكابه الإثم ، ويستأنف إليه من عند قاض الضريبية إذا لم يرضوا بحكمه ، وهم اشد حكما وأوسع صلاحية من الضريبية ، ويصح أن نسمي الضريبية من الدرجة الأولى ، والزيادى من الدرجة العليا .

٨. **قاضي "مناقع الدموم"**: هو القاضي المختص في قضايا الدم ، كالقتل والجروح البليغة والكسور وفي تحديد الديات ويُسموا "القصاصين" .

٩. **قاضي "أخو البنات"**: هو القاضي المختص بقضايا النساء ، إصلاح بين الزوجين ، والنفقة على الزوجة وكسوتها وما شابه ذلك[٢].

تعليق على أنواع القضاة في العرف :

الحقيقة أن هذه الأنواع تكاد أن تتلاشى في القطاع لعدم معرفة كثير من قضاة العرف هذا التقسيم ، ولكن هذا التقسيم يظهر جليا عندما يكون خصوم القضية من الذين يعرفون العرف[٣] جيدا فيتنازعوا فيما بينهم على القاضي العرفي هل هو من أهل حل هذه القضية أم لا بناء على التقسيم السابق ، أو أن يكون التنازع بين الخصم وبين القاضي الذي يبت في القضية ، وادعاء الخصم بأن هذا القاضي ليس من أهل حل هذه القضية[٤] .

[1] - عارف العارف : القضاء بين البدو (٥٤- ٥٧) ، الحشاش : قضاء العرف والعادة(٢٢ – ٢٥) ، ثابت: القضاء العشائري عبد قبائل بئر السبع.(٨٣) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - مقابلات مع بعض رجال العرف .

[3] - خصوصا العائلات البدوية .

[4] - كادعاء الخصم بأن هذه القضية تحل عند أهل الديار وأن القاضي من قضاة الضربية وليس من قضاة الديار خصوصا في قضايا الأرض .

المطلب الثالث

شروط القاضي الشرعي والعرفي

أولا : شروط القاضي الشرعي:

يشترط في القاضي الشرعي شروطا متعددة منها ما هو متفق عليها ، ومنها ما هو محل خلاف وهذا بيان لهذه الشروط :

أولا : الشروط المتفق عليها :

١. البلوغ والعقل والحرية:

إن وظيفة القضاء تحتاج إلى العقل الناضج المدرك ، ولا يتأتى هذا قبل البلوغ ، وينعدم قطعاً مع الجنون ، فمن البديهي ، إذن اشتراط البلوغ والعقل ، أي لا بد أن يكون مكلفا ، بل ينبغي أن يكون من يتولى وظيفة القضاء"صحيح الفكر جيد الفطنة ، بعيدا عن السهو ، والغفلة يتوصل بذكائه إلى وضوح المشكل وحل المعضل"[١].

أما اشتراط الحرية فلأن القضاء من باب الولايات ، وليس للعبد أهلية لأدنى الولايات فلا يكون أهلاً لولاية القضاء ، وهي أعلى من غيرها من باب أولى[٢].

٢. الإسلام :

لا خلاف بين الفقهاء على اشترط الإسلام فيمن يتولى القضاء على المسلمين،لأن القضاء ولاية ولا تجوز ولاية الكافر علي المسلم قال تعالى﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [٣] .ثم إن القاضي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي دين ، وتطبيق الدين يحتاج إلي إيمان به من قبل من يطبقه ،وخوف من الله يمنعه من الحيدة عن التطبيق السليم لأحكامه ، ولا يتأتي ذلك من غير المسلم الذي لا يؤمن بهذا الدين[٤].

ثانيا الشروط المختلف عليها :

١ .شرط سلامة الحواس:

المذهب الأول : لجمهور الفقهاء:

---

[1] - الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٧/٤)، ابن قدامة: المغني(٣٨١/١١).

[2] - أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية(٨١) ابن قدامة : المغني(٣٨١/١١)، الكاسائي : بدائع الصنائع (٥/٧) ، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٤/٤) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١)، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠).

[3] - سورة النساء : الآية (١٤١)

[4] - الفراء: الأحكام السلطانية(٧١) ابن قدامة : المغني(٣٨٠/١١)، الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٦٠/٥) ، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٧/٤) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١)، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠).

يجب أن يكون سميعا متكلماً بصيراً لأن الأخرس لا يمكنه النطق ، ولا يفهم جميع الناس إشارته ، والأعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه و الأصم لا يسمع قول الخصمين[١].

المذهب الثاني : بعض الشافعية والمالكية:

قال بعض الشافعية يجوز أن يكون القاضي أعمى ولهم في الأخرس الذي يفهم إشارته قولان[٢]، وهي كالقول في الشهادة[٣].

وانفرد المالكية بتفصيل خاص بهم فقالوا: لو ولي الأعمى والأصم القضاء وأصدرا أحكاما فإن أحكامهم هذه تنفذ ولكن يجب عزلهم ، ومعنى ذلك أن المالكية يشترطون سلامة الحواس في القاضي ، ولكن لو خولف هذا الشرط وعين الأعمى ونحوه وباشر القضاء فإن أحكامهم نافذة حتى لا يتحمل الناس أخطاء الولاة الذين يعينون القضاة إلا أن هذه المراعاة لا تعني جواز استمرار بقاء القاضي في ولايته[٤] .

الراجح : هو ما ذهب إليه أكثر الفقهاء ، من اشتراط السلامة في الحواس ، إذ كيف سيقضي بين الناس وهو لا يرى الخصمين أو يسمعهم.

٢ .توليه القضاء لغير المسلم على غير المسلمين:

المذهب الأول:لجمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز توليه قضاء الذمي على غير المسلمين لأن الإسلام شرط لتولي منصب القضاء سواء كان قضاؤه على المسلمين أو علي غير المسلمين[٥].

و احتجوا بقوله سبحانه و تعالى ﴿و وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[٦] فالله سبحانه و تعالى نفى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلا و في قبول قضائهم بعضهم إثبات السبيل للكافرين على المؤمنين ،ولأن العدالة شرط قبول الشهادة و الفسق مانع و الكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول[٧].

---

1 - نفس المصدر .

2 - الشيرازي : المهذب (٤٠٦/٢) ، الخطيب الشر بيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع(٥٥٤/٢).

3 - ذكر في المهذب في باب الشهادة(٤٥٣/٢) : أنها تقبل شهادته لان إشارته كعبارة الناطق في نكاحه وطلاقه فكذلك الشهادة ، ومنهم من قال : لا تقبل لان إشارته أقيمت مقام العبارة في موضوع الضرورة .

4 - الحطاب :مواهب الجليل اشرح مختصر خليل (٩٩/٦)

5 - ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١)، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٤/٤)، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠) ، ابن قدامة : المغني(٣٨١/١١)

6 - سورة النساء جزء من أية (١٤١).

7 - ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١)، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٤/٤)، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠) ، ابن قدامة : المغني(٣٨١/١١)

المذهب الثاني : للحنفية:

فقد ذهبت الحنفية إلى جواز تقليد الذمي القضاء بأهلية الشهادة والذمي من أهل الشهادة على الذميين فهو ، إذن ، أهل لتولي القضاء عليهم[1].

الرأي المختار هو مذهب الأحناف وذلك:

- أن الآية ليس فيها منع قضاء بعضهم على بعض ، وهذا ليس من قبيل السبيل على المؤمنين ، بل العكس هو الصحيح لأنه لما عُين القاضي من قبل المسلمين كان ذلك هو سبيل المؤمنين على الكافرين، وأيضا الذمي يحكم بين الذميين وليس على المؤمنين فأين السبيل على المؤمنين ، فلا يكون في قبول قضائهم على بعض إثبات السبيل للكافر على المؤمن .
- أما أن العدالة شرط قبول الشهادة و الفسق مانع و الكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول هذا صحيح لو شهد ذمي على مسلم ، أما لو شهد ذمي على ذمي لم يشترط هذا الشرط.

٣.العدالة :

هي: عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور دينا[2].

أو هيئة راسخة في النفس تمنع من اقتراف كبيرة أو صغيرة دالة على الخسة أو مباح يخل بالمروءة[3].

والعلماء في اشتراط العدالة على مذهبين :

المذهب الأول:لجمهور الفقهاء:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العدالة شرط لمن يتولى القضاء ، ولذلك لا يولى القضاء فاقد العدالة أي الفاسق[4] ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾[5] وجه الدلالة بهذه الآية الكريمة أن الله تعالى أمر بالتبين عند قول الفاسق ولا يجوز أن يكون القاضي ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عن حكمه وأيضا فان الفاسق لا يصلح أن يكون شاهدا فمن الأولى أن لا يكون قاضيا[6].

---

1 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٧/ ٢٣) ،ابن عابدين : حاشية رد المحتار (٤/٤٦٣) ، الفراء: الأحكام السلطانية(٨١).

2 - الجرجاني : التعريفات (١٩١).

3 - السيوطي : الأشباه والنظائر شافعي(٦٨١).

4 - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٤/١٢٩)، ابن فرحون: تبصرة الحكام(١/١٩) ، الخطيب الشر بيني : مغني المحتاج (٤/٤٧٥) ، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠)، .الفراء: الأحكام السلطانية(٧١) ، ابن قدامة : المغني(١١/٣٨٠) .

5 - سورة الحجرات: الآية(٦) .

6 - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٤/١٢٩)، ابن فرحون: تبصرة الحكام(١/١٩) ، الخطيب الشر بيني : مغني المحتاج (٤/٤٧٥) ، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠)، .الفراء: الأحكام السلطانية(٧١) ، ابن قدامة : المغني(١١/٣٨٠) .

المذهب الثاني : للحنفية :

قال فقهاء الحنفية: العدالة ليست شرطا لتولى القضاء وإنما هي شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق القضاء وتنفذ أحكامه إذا لم يجاوز فيها حدود الشرع[١].

الرأي المختار:

- هو ما ذهب إليه الجمهور على اعتبار العدالة شرط لتولي القضاء وذلك: إن القاضي الفاسق غير مأمون الجانب ،لارتكابه المحرمات، فالشرع لم يرض به شاهد في أي قضية وذلك لقوله تعالى **(** مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء **)**[٢] ، فيكيف يرضى به حاكم يتحكم في جميع القضايا .
- وأما ما قالته الحنفية من جواز تقليد الفاسق فإنهم قالوا من أن العدالة شرط كمال ، للحاكم أن يقلد الفاسق ، ولكن الأفضل ألا يقلده ، فإن قلده نفذ قوله[٣] ،كما وجد من كبار الأحناف من قال برأي الجمهور كالخصاف والكرخي والطحاوي[٤] .

٤ . الاجتهاد:

المذهب الأول:لجمهور الفقهاء :

اشترطوا في القاضي أن يكون مجتهدا وحجتهم أن القضاء آكد من الإفتاء لأنه إفتاء وإلزام والمفتى لا يجوز أن يكون عاميا مقلدا فالقاضي أولى أن لا يكون مقلدا و احتجوا أيضا بقوله تعالى﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللّهُ﴾[٥] وما انزل الله يعرفه العالم المجتهد لا المقلد[٦].

واستدلوا أيضا بالحديث الذي روي من طريق عمرو بن العاص : **t** أنه سمع رسول الله **r** قال **(** إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر**)** [7] مما يدل على لزوم توفر أهلية الاجتهاد في القاضي[٨].

---

[1] - ابن الهمام : شرح فتح القدير (٢٥٣/٧)، الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق(١٧٥/٤).

[2] - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).

[3] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٧/ ٣) .

[4] - ابن الهمام : شرح فتح القدير (٢٥٣/٧)، الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق(١٧٥/٤).

[5] - سورة المائدة :جزء من الآية (٤٨)

[6] - الأحكام السلطانية(٨١) ابن قدامة : المغني(٣٨٠/١١)، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٥/٤) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١)، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(١٢٩/٤)

[7] - البخاري: الجامع الصحيح (١٠٨/٩) رقم الحديث ٧٣٥٢، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٤٢/٣) رقم الحديث ١٧١٦ .

[8] - الأحكام السلطانية(٨١) ابن قدامة : المغني(٣٨٠/١١)، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٥/٤) ، ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١)، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(١٢٩/٤)

المذهب الثاني : للحنفية:

قال فقهاء الحنفية الاجتهاد ليس شرطا لتولي القضاء لأنه يمكن للقاضي غير المجتهد أن يقضى بعلم غيره بالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء ولأن الغرض من القضاء فصل الخصومات فإذا أمكن ذلك بالتقليد جاز وهو ممكن بالرجوع إلى فتاوى العلماء وأقوالهم[1].

الرأي المختار:

أرى أن ما ذهب إليه الحنفية هو المختار وذلك .

- أنه صح عن النبي r أنه قلد عليا القضاء في اليمن ، ولم يبلغ درجة الاجتهاد فقد روى الحاكم
- في المستدرك عن ابن عباس t قال : بعث النبي r إلى اليمن عليا فقال **(** علمهم الشرائع و اقض بينهم قال : لا علم لي بالقضاء فدفع في صدره فقال : اللهم أهده للقضاء**)**[2].
- صعوبة وندرة وجود المجتهد فقد ذكر ابن أبي الدم في معرض ذكره لشروط الاجتهاد (إذا عرفت هذا فاعلم أن هذه الشروط يعز وجودها في زماننا هذا في شخص من العلماء ، بل لا يوجد في البسيطة مجتهد مطلق)[3] هذا كلامه قبل ثمانمائة عام أو يزيد.
- إن هدف القضاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات، وهو يتحقق بالتقليد والاستفتاء فقد قال الله تعالى﴿ فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾ [4].

٥.الذكورة :

قد اختلف العلماء في هذا الشرط على أربعة مذاهب :

المذهب الأول:لجمهور الفقهاء(مالكية وشافعية و حنابلة) :

ومقتضاه أن الذكورة شرط فلا يجوز عندهم تقليد المرأة القضاء[5] ، وحجتهم الحديث النبوي الشريف : **(**لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة**)**[6]وبان المرأة لا تصلح للإمامة العظمي أي رئاسة الدولة ولا لولاية علي البلدان ولهذا لم ينقل عن النبي r ولا عن أحد من الخلفاء الراشدين من بعده أنهم ولوا امرأة قضاء ولا ولاية بلد ولو جاز ذلك لوقع مرة واحدة ولم يخل منه جميع البلدان غالبا وأيضا فإن القاضي يحتاج إلى مخالطة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم والمرأة في

---

1 - انظر: ابن الهمام :شرح فتح القدير (٢٥٣/٧) ، الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق(١٧٥/٤) .

2 - الحاكم : المستدرك (٩٩/٤) رقم الحديث ٧٠٠٣ وقال عنه هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه تعليق الذهبي قي التلخيص : على شرط البخاري ومسلم .

3 - ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٦).

4 - سورة النحل : جزء من الآية (٤٣)

5 - ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١)، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(١٢٩/٤)، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٤/٤) ، الفراء : الأحكام السلطانية(٨١) ، ابن قدامة : المغني(٣٨١/١١).

6 - البخاري: الجامع الصحيح (٨/٦) رقم الحديث ٤٤٢٥ .

الأصل ممنوعة من مخالطة الرجال لما يخاف عليها من الفتة بسبب هذه المخالطة التي لا ضرورة لها[١].

المذهب الثاني : للحنفية:

يجوز أن تكون المرأة قاضية في غير الحدود والقصاص لأنه لا شهادة لها في هذه الجنايات ولها شهادة في غيرها وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة[٢] .

المذهب الثالث : ابن جرير الطبري.

ذكر أنه لا تشترط الذكورية لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية ،ويجوز لها أن تتولى الخلافة[٣] .

المذهب الرابع: لابن حزم الظاهري.

يجوز أن تكون المرأة قاضية في جميع الأمور والقضايا بلا استثناء كما جاز لها أن تكون مفتية في جميع الأمور في الأموال وغيرها عدا منصب الحكم والخلافة[٤] .

الرأي المختار:

هو الرأي الذي يجيز للمرأة أن تكون قاضية في جميع الأمور عدا الأمور المتعلقة بالحكم والرياسة والخلافة وذلك:

- ما روى عن عمر بن الخطاب **(**انه ولى الشفاء ، امرأة من قومه، السوق**)**[٥] فدل ذلك على أنها يجوز لها تولي القضاء.
- إن المراد من حديث**(**لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة**)**هو الخلافة وليس ما دونها[٦].
- قوله صلى الله عليه وسلم **(**المرأة راعية على مال زوجها وهي مسئولة عن رعيتها**)**[٧]قال ابن حزم :"ولم يأت نص من منعها أن تلي بعض الأمور" وهذا الحديث يؤكد على توجيه المنع الوارد في الحديث السابق إلى الأمر العام للخلافة[٨] .

---

1 - ابن فرحون: تبصرة الحكام(١٩/١)، ابن أبي الدم : أدب القضاء(٧٠)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(١٢٩/٤)، الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٤/٤) ، الفراء : الأحكام السلطانية(٨١) ، ابن قدامة : المغني(٣٨١/١١).

2 - الكاسائي : بدائع الصنائع (١٦/٧) ، ابن الهمام : شرح فتح القدير (٢٥٣/٧) ، الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق(١٧٥/٤).

3 - الخطيب الشر بيني: مغني المحتاج (٤٧٤/٤) ، ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٦٠/٢) ، ابن قدامة : المغني(٣٨١/١١).

4 - ابن حزم : المحلى (٥٢٨/٨) مسالة ١٨٠٤.

5 - نفس المصدر .

6 - نفس المصدر.

7 - البخاري: الجامع الصحيح (١٢٠/٣) رقم الحديث ٢٤٠٩، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٤٥٩/٣) رقم الحديث ١٨٢٩.

8 - ابن حزم : المحلى (٥٢٨/٨) مسالة ١٨٠٤.

- إن سمراء بنت نهيك الأسدية رضي الله عنها أدركت رسول r وعمرت، وكانت تمر في الأسواق، وتأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر[١]، وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها . فهذا يدل على جواز ولاية المرأة الحسبة ، والحسبة من القضاء.
- قياس القضاء على الفتيا، فالإجماع قائم على جواز كون المرأة مفتية فقياس القضاء عليها باعتبار أن كلا منهما مظهر للحكم الشرعي[٢].

ثانيا : شروط القاضي العرفي:

لا يوجد للقاضي العرفي شروط مكتوبة[٣] ، وإنما وجدنا هذه الشروط متناثرة في علم القضاة العرفيين ومتعارف عليها بينهم ، فعملنا على جمعها وهي ليست بشروط بالمعنى الدقيق وإنما هي مواصفات عادة ما تراعى في القاضي العرفي فكانت كالتالي[٤] :

(١)أن يكون رجلا فلا يقبل أن يكون القاضي العرفي امرأة أبدا .

(٢)أن يكون رجلا يمتاز بخبرة واسعة والعلم بالقضاء العشائري .

(٣)أن يكون لديه علم تام بعادات وأعراف الناس .

(٤)أن يكون محلا لثقة المتخاصمين وذلك بعدالته ونظافة يده .

(٥)أن يكون له أصل في القضاء العرفي ، أي أن يتوارث القضاء أبا عن جد ، أي أن يكون من بيت قضاة، لكن هذا الشرط ممتنع اليوم فمن امتلك العلم بالقضاء العرفي ونال ثقة الناس يمكنه أن يصبح قاضيا عرفيا .

(٦)يجب أن يكون ذكيا ليستطيع حل مشاكل الخصوم .

(٧)أن يميز القاضي العرفي بقوة الشخصية حتى يستطيع ضبط مجلس القضاء.

(٨)قول الحق وأن لا يخاف فيه لومة لائم ، وإنصاف المظلوم [٥].

تعليق على الشروط :

الناظر إلى الشروط ومدى توفرها في قاضي من القضاة العرفيين يرى ندرتها بل تكاد أن تكون معدومة إلا من رحم ربي ، لا نقول ذلك تجنيا بل هذا هو الواقع ، لكن نقول إن الخير موجود فمنهم أتقياء ويسعون بين الناس بالإصلاح يقول تعالى :**(** لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتَغَاء مَرْضَاتِ اللّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا **)**[6]

---

1 - سبق تخريجه صفحة(١٧) .

2 - ابن قدامة : المغني(٣٨١/١١).

3 - ذكر العبادي شروط للقاضي العرفي وركز على البعد القبلي وموافقة الدولة وممارسة القضاء ، لكن هذه الشروط غير مطلوبة للقاضي في القطاع ، انظر العبادي :القضاء عند العشائر الأردنية (٢٥٦) .

4 - مسألة الشروط ليس محل اتفاق بين القضاة العرفيين .

5 - انظر أيضا إلى القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع لثابت فقد ذكر بعض الشروط (٢٥) .

6 - سورة النساء : الآية (١١٤)

المطلب الرابع

مقارنة بين القضاء الشرعي والعرفي

عند النظر في القضاء العرفي والقضاء الشرعي يتبين أن هناك عدة فروق وهي كالتالي :

(١) من حيث التولية والعزل:

التولية في القضاء الشرعي هو للإمام أو من ينوب عنه وكذلك حق عزل القاضي ، أما في القضاء العرفي فالتولية فيه للمتخاصمين على اعتبار أنه من باب التحكيم أو من باب الصلح ولهم حق العزل قبل القبول بالقاضي أما بعد التحاكم له فلا يحق لهم عزله .

(٢) من حيث مكان التولية :

فالقاضي الشرعي لا يتعدى المكان الذي عين فيه ، أما القاضي العرفي فهو غير مرتبط بمكان لأنه تابع للخصمين حيثما وجدوا .

(٣) من حيث مصدر الأحكام:

مصدر الأحكام في القضاء الشرعي هو الكتاب والسنة وما أرشدا إليه من الإجماع والقياس ، أما مصدر الأحكام في القضاء العرفي الشريعة الإسلامية والأعراف والسوابق القضائية و الاجتهاد[١] وخبرة القاضي[٢] .

(٤) من حيث نفاذ الأحكام:

حكم القاضي الشرعي نافذ على المتخاصمين ، وإذا رفع للقاضي حكم من قاضي فليس له نقضه إذا لم يكن مخالفا لنص أو إجماع[٣] ، أما أحكام القاضي العرفي غير ملزمة إلا إذا كانت مكفولة التنفيذ.

(٥) من حيث الاختصاص الوظيفي:

يختص القاضي الشرعي في النظر في جميع القضايا المعروضة عليه، سواء أكانت حدودا أو جنايات أو أموالا ،وغير ذلك من الأحكام لأنه منصب على قطع النزاع ورفع الخصومة ، إلا إذا حدد الإمام صلاحية القاضي في بعض القضايا ، وكذلك القضاء العرفي يختص بكل القضايا[٤].

(٦) من حيث أنواع القضاة:

ينقسم القضاة الشرعيون إلى ثلاثة قضاة : قاضي الخصومات، وقاضي الحسبة ، وقاضي المظالم وينقسم القضاة العرفيين إلى أقسام : قاضى الملم ، والكبار ، الضريبية ، الزيادى، المنشد ، و مناقع الدموم ، الرسان ، أهل الديار ، اخو البنات .

---

[1] - ليس المقصود به الاجتهاد الشرعي وإنما هو اجتهاد القاضي في حل الخصومة.
[2] - العبادي : القضاء عند العشائر الأردنية (١٩٨- ٢١٠)، ثابت: القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٧-١٩)
[3] - الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب(١٢/٤) ، الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٤١/٥)
[4] - وهذا يناقض الشرع، وهنا يجب تنقيته من الأمور حتى يصبح من قبيل التحكيم أو الصلح ليصبح متلائم مع الشرع .

الفصل الأول

أدلة الإثبات في القضاء العرفي

ويحتوي على أربعة مباحث

المبحث الأول : الشهادة

المبحث الثاني : اليمين .

المبحث الثالث : الإقرار .

المبحث الرابع : القرائن

المبحث الأول

الشهادة

ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف الشهادة .

المطلب الثاني : الشهادة في العرف .

المطلب الثالث : مقارنة بين الشهادة في العرف والشهادة في الشرع .

المطلب الأول

تعريف الشهادة

أولا : الشهادة لغة: تأتي بعدة معاني نذكر منها :

– **الخبر القاطع** :تقول شهد على كذا : أي أخبر به خبرا قاطعا .

– **الحضور والمعاينة:** شهد الموقع أي حضره وعاينه .

– **الحلف** : أَشْهَدُ بكذا أي : أَحْلِفُ.

– **العلم** : ومنه قوله تعالى :"شَهِدَ الله أَنَّهُ لا إِلَهَ إلا هو"[1] أي : عَلِمَ اللَّهُ أو قال اللَّهُ أو كَتَبَ اللَّهُ وأَشْهَدُ أَنْ لا إِلَهَ إلا اللَّهُ أي : أَعْلَمُ وأُبَيِّنُ[2].

– **البينة في القضاء:** شَهِدَ الشاهِدُ عند الحاكم أَي بين ما يعلمه وأَظهره ، يدل على ذلك قوله تعالى**(** شَاهِدِينَ عَلَى أَنفُسِهِمْ بِالْكُفْرِ **)**[3].

وشَهِدَ له بكذا شَهادةً أَي أَدّى ما عنده من الشَّهادة فهو شاهِد[4].

ثانيا : الشهادة اصطلاح :

أ. الشهادة الاصطلاح الشرعي

اختلفت تعريفات الفقهاء للشهادةبناء على اعتبارات متعددة راعاها كلٌ في تعريفه[5] .

وللتوضيح كان لابد من التعرض لبعض التعاريف :

– عرَّف ابن عابدين الشهادة بأنها " إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء"[6].

– وعرَّف شيخ زادة الشهادة بأنها " إخبار للغير على الغير عن مشاهدة لا عن ظن"[7] .

– وعرَّف الدردير الشهادة بأنها "الشهادة إخبار حاكم عن علم ليقضى بمقتضاه"[8].

– وعرَّف ابن فرحون الشهادة بأنها "إخبار يتعلق بمعين"[9].

– وعرَّف قليوبي وعميرة الشهادة بأنها " إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد"[10] .

---

1 - سورة آل عمران : جزء من الآية (١٨) .

2 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٤٩٩/٢)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (١٤/٢) ، تفسير الجلالين(٥٢).

3 - التوبة : جزء من الآية(١٧).

4 - الفراهيدي: العين(٣٩٨/٣)، الرازي: مختار الصحاح (١٧١)، ابن منظور: لسان العرب (٢٣٨/٣) ،الفيومي: المصباح المنير (١٩٥)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٣٧٢) .

5 - ومقصودنا هنا من الشهادة اصطلاحا الشهادة التي يدلي بها الشاهد لإثبات الحق والتي تعرف بشهادة الأداء وليس بشهادة التحمل .

6 - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٦٣/٧).

7- شيخ زادة: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر(١٨٥/٢).

8 - الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(١٦٤/٤)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢٥٥/٤).

9 - ابن فرحون : تبصرة الحكام (٢٥٣/١).

10- قليوبي وعميرة: حاشيتان على منهاج الطالبين(٣١٨/٤).

– وعرَّف الشربيني الشهادة بأنها " إخبار عن شيء بلفظ خاص"[١].

– وعرَّف المرداوي الشهادة بأنها "حجة شرعية ، تظهر الحق المدعى به ، ولا توجبه"[٢] .

– وعرَّف البهوتي الشهادة بأنها " الإخبار بما علمه بلفظ : أشهد أو شهدت"[٣].

فالاعتبارات التي روعيت في بعض التعاريف مثل كلمة (مجلس القضاء)[٤] حتى يخرج بالشهادة في غير مجلس القضاء فإنها لا تعتبر ملزمة إلا إذا كانت في مجلس القضاء ، ومنهم من أضاف كلمة (علم) ليخرج الشهادة التي تكون عن شك وتخمين ، ومنهم من أضاف كلمة (لا توجبه) ليدل على أن الشهادة مظهرةٌ للحق ولا توجبه ، ومنهم من أضاف كلمة (أشهد) ليدل على أن الشهادة لا تقبل بغير هذا اللفظ[٥] .

التعريف المختار:

تعريف الحنفية للشهادة "**هي إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء .**

شرح التعريف:

إخبار صدق: يخرج الأخبار الكاذبة: وصدق الخبر: مطابقته للواقع.

لإثبات حق: يخرج قول القائل في مجلس القضاء أشهد بكذا لبعض العرفيات[٦].

بلفظ الشهادة : فلا يجزئ التعبير بالعلم ولا باليقين فيتعين لفظ الشهادة.

في مجلس القاضي: خرج به إخباره في غير مجلسه فلا يعتبر.

فلو أخبر الشاهد في غير مجلس القاضي ولو بلفظ أشهد حتى ولو أمام الشخص الذي هو القاضي ولكن لم تكن الجلسة جلسة محاكمة فإنه لا يعتبر شهادة لأن مجلس القاضي شرط أساسي في اعتبارها، ولأنه ينبني عليها حكم[٧].

ب.الشهادة في الاصطلاح العرفي :

لا تختلف حقيقة الشهادة في الاصطلاح العرفي عنها في الاصطلاح الشرعي ،فالشهادة في الشرع هي إخبار صدق لإثبات حق ، وهي كذلك في العرف ، ولكن ثمة بعض التفاصيل المتعلقة في العرف لابد من ذكرها ليتضح لنا بعد ذلك وجه الفرق بين الشهادة شرعا وعرفا وهذا ما سنبينه في المطلبين الثاني والثالث .

1- الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٨١/٢)، الرملي: نهاية المحتاج في شرح المنهاج (٢٩٢/٨).

2 - المرداوي : الإنصاف (٣/١٢).

3 - البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع (٤٤٣).

4 - شرط المجلس اشترط بناء على القضاء بعلم القاضي ، فمن رأي القضاء بعلم القاضي لم يشترط هذا الشرط ومن لم يجز القضاء بعلم القضاء اشترط المجلس .

5 - هذا على رأي من اشترط لفظة اشهد .

6 - مثل اشهد أن الشمس طالعة .

7 - انظر : ابن عابدين(محمد علاء الدين) : تكملة حاشية رد المحتار (٦٣/٧).

المطلب الثاني

الشهادة في العرف

الحقيقة أن الشهادة في العرف ليس لها كتب مدونة يسهل الرجوع إليها تبين إجراءاتها وشروطها وإنما كلها إجراءات عملية يمارسها الناس والقضاة العرفيون ، ومن خلال تتبع الشهادة عند القضاة العرفيين تبين لي ما يلي:

(١) إجراءات الشهادة :

عندما يتنازع اثنان في قضية ما ، ويدعي أحد الخصوم أن له على ما يدعيه شهود ، فيتخذ أحد الإجراءين .

الإجراء الأول : هو أن يكلف القاضي أشخاصا ويسمون في العرف (سامعة) ، ويتكونون من رجلين أو أكثر للذهاب إلى استماع شهادة الشاهد ، وفي هذه الأيام يكتب[١] السؤال الموجه إلى الشاهد كتابةً تحمله السامعة ، ثم يأتون بالإجابة مكتوبةً من عند الشاهد ، وبناء على الإجابة يتخذ القرار في القضية .

الإجراء الثاني : هو استدعاء الشاهد إلى الديوان ليؤدي شهادته أمام الطرفين ، وفي هذه الحالة كثير ما يتم مسائلته من قبل الخصم الآخر[٢] .

(٢) عدالة الشاهد :

يطلق على الشاهد في العرف (إنسان دُغري)[٣] أو يقولون (شاهد تقي نقي إدور العيب فيه ما تلتقي)[٤،٥] ، ومثل هذا الشاهد أي من يتصف بالعدالة تقبل شهادته عند القضاة العرفيين ، ولكن من خلال تتبع أمر الشهادة في العرف لم نجد أن القضاة يشترطون العدالة في الشخص بمعنى آخر أي لا يبحثون في عدالة الشخص ويحكمون بشهادة أي شخص بغض النظر عن حاله ما دام الخصم راض به ولم يطعن في شهادته ، وأما إن طعن الخصم في عدالة الشاهد ، فهذه الدعوى تحتاج إلى إثبات من قبل الطاعن فإن أثبت صحة ما يدعيه ردت شهادة الشاهد ، وبطلت الجزئية التي تحتاج إلى

---

[1] – اتخذ إجراء الكتابة لأن كثير من الأحيان يحدث خطأ في السؤال الموجه للشاهد أو في الإجابة التي تعطى من قبل الشاهد، وذلك لعدم معرفة السامعة فحوى السؤال ، فتوجه للشاهد سؤال من فهمها هي ، فينبني عليه إجابة غير المطلوبة للشهادة .

[2] - مقابلات مع بعض رجال العرف .

[3] - أي إنسان عدل

[4] - أي تقي نقي من كل عيب ، بحيث لو بحثت عن عيوبه لن تجد له عيوب .

[5] - العدالة في الشرع : عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور دينا، الجرجاني : التعريفات (١٩١).

الشهادة إذا كانت القضية متكونة من عدة جزئيات ، أو بطلت القضية كلها إذا كانت كلها مرتكزة على هذه الشهادة[1].

وقد لا يطعن الخصم في عدالة الشاهد ولكن يشترط على الخصم الآخر" أن يجلس للقضاء دون شاهده إن ظهر كذبه أي(أن يجلس بدلا عنه في مجلس القضاء) ، أو أن يلزم شاهده بالجلوس للقضاء إن ظهر كذبه أي(أن يجبر ويلزم الشاهد للجلوس للقضاء)، فإن لم يرض بهذا الشرط لم تطلب شهادة الشاهد[2] .

والحقيقة أن هذا الأمر في الواقع يحتاج إلى جهد من قبل الخصم للطعن في الشاهد ، أو أن الخصم يحاول أن يتجنب المشاكل المترتبة على الطعن في الشاهد ، فيكتفي بتحليف الشاهد مع التزكية من قبل خمسته .

وتسير إجراءات التقاضي سيرا طبيعيا ،وينبني القرار على ما يعطيه الشاهد من معلومات لصالح أحد الطرفين .

وفي أثناء البحث مع بعض القضاة في طبيعة العدالة وشروط الشاهد العدل عندهم تبين ما يلي:

إنه من اتصف بصفة مشينة من صفات الأخلاق مما لا يقبله العرف والدين لا تقبل له شهادة ولا يعتبر عدلا ومن هذه الصفات :

- المدنس لشرف جارته .
- شهادة تدفع ضررا أو تجلب نفعا (كالشريك) .
- الديوث والسارق والغادر الذي يغدر بمن أمنه.
- الشاهد الذي يأتي مع المشهود له ويسمى في العرف (شاهد تحت الباط).

والحقيقة هذه أمثلة على المردود شهادته وليست محصورة في هذه الشروط فقط[3] ، ويسمى مردود الشهادة بسبب أحد هذه العيوب (مرثوم)[4] .

(٣) تزكية الشاهد :

ويقصد بالتزكية تعديل الشاهد وتصديق قوله أو نفيي ذلك عنه ، والتزكية في القضاء العرفي لا تكون إلا عندما يطلبها الخصم ، ويكون الشاهد مستور الحال .

أما إن لم يطلبها الخصم ورضي بالشاهد فلا تطلب التزكية ، أو كان هذا الشاهد مشهور بالعدالة فلا تطلب التزكية لظهور عدالته بين الناس .

وتزكية الشاهد في العرف تكون من (خمسته[5]) ، ويتم اختيارهم من قبل الخصم .

---

[1] - مقابلات مع بعض رجال العرف .
[2] - يقال في العرف " يجلس دون كذبه وصدقه" .
[3] - فشارب الخمر ترد شهادته ، و الزاني أيضا ، وكل عيب يعتبره الناس عيبا ترد به الشهادة .
[4] - أي فيه مطعن ترد به شهادته .
[5] - خمسة الرجل : هم الذين يلتقون مع هذا الرجل في الجد الخامس .

وألفاظ التزكية لها صورتان :

– أن يقول المزكون أن هذا الرجل عدل .

– أو أن يشهد الشاهد فيقول المزكون " صادق فيما يقول " وهذه هي المتداولة في العرف.

(٤) تحليف الشاهد :

وأما تحليف الشاهد فيتم بناء على طلب الخصم ، فإن طلب الخصم ذلك حُلف الشاهد ، ولذلك يسأل الشاهد السامعة " هل تريدون الشهادة بيمين أو من غير يمين " وبناء على الإجابة يحدد الشاهد أجره مقابل شهادته إن أراد أخذ الأجرة على شهادته ، فإن كانت بيمين زيد في الأجر ولذلك سمي في العرف (مرضوي)[١] أو(أكلا)[٢] .

وأجرة الشاهد على (المغِرْ)[٣] إذا طلبه الخصمان، وأما إن طلبه أحد الخصمين فالأجرة عليه.

وقبل الإدلاء بشهادته يتم تحليف الشاهد اليمين الشرعية على صدق ما يقول ، بعد تحذير من مغبة الكذب وأن اليمين الكاذبة تغمس صاحبها في النار أو أنه يقطع (الذراري)[٤] .

(٥) شهادة المرأة :

عند البحث مع القضاة العرفيين قرر بعضهم أن لا شهادة للنساء في إثبات أي قضية إلا في بعض الحالات مثل[٥] :

– أن لا يكون في القضية غيرها مثل أن ترى سارقا وليس في هذه القضية غيرها فحينئذ تؤخذ بشهادتها أو أنها رأت قاتلا .

– أن تكون القضية حصلت مع النساء وحدهن مثل حدوث شجار بين النساء وحدهن ، فتقبل شهادتهن .

ولا يعتبر النصاب بل تكفي شهادة إمرأة واحدة .

ولكن عند طرح بعض الأسئلة على بعض القضاة تبين خلاف ذلك .

وقد تبين أن عامل الزمن والعوامل الاجتماعية قد أثرت في قبول أو رد شهادة النساء .

ففي السابق كانت لا تقبل شهادة النساء إلا في الحالتين المتقدمتين .

أما اليوم فلما أصبحت المرأة طبيبة أو محاسبة أو محامية ، أصبح قبول شهادتها لازما ، وأصبح القضاة العرفيون يعتبرون شهادتها ويقبلونها .

– والعلة في ذلك أنها كانت في السابق لا تخالط الرجال ، وليس لا عمل إلا في بيتها ، أما اليوم

---

[1] - لأنه يتم إرضاءه بمال

[2] - لأنه يأخذ في مقابل الإدلاء بشهادته أجرة فسمي (أكلا).
أو أن شهادته ترجح حجة أحد الخصوم على الآخر فيُقضى له فيغلبه(فيأكله) أي كناية عن الغلبة ، يقال "فلان أكل فلان" أي غلبه أي أصبح الحكم له

[3] - أي خاسر القضية .

[4] - النسل

[5] - كذا كان العرف في القديم .

فأصبحت لها أعمال عدة فإن لم تُعتبر شهادتها فقد تضيع كثير من الحقوق[١] .

(٦) شهادة الصبيان :

لا اعتبار لشهادة الصبيان في العرف فهم يقولون "إن قعد ما شمر وإن قام ما جمر"[٢] ، وعلتهم في ذلك لعدم التمييز بين الأشياء أو أن تختلط الأشياء عليه.

ولذلك لا شهادة للصبيان في القضاء العرفي[٣] .

(٧) نصاب الشهادة :

في القضاء العرفي لا يوجد نصاب في عدد الشهود فهم يعتمدون على الشاهد الواحد في الحكم في القضية ويمكن حسم أي قضية[٤] بشاهد واحد[٥] .

---

[1] - مقابلات مع بعض رجال العرف .
[2] - كناية عن انه إذا ذهب إلى الخلاء لا يرفع ثوبه عن الأذى ، وإذا قام لم ينظف نفسه من بوله .
[3] - مقابلات مع بعض رجال العرف .
[4] - بغض النظر عن نوعية القضية سواء أكانت في مال أو عرض أو غيرها .
[5] - مقابلات مع بعض رجال العرف .

المطلب الثالث

مقارنة بين الشهادة في العرف والشهادة في الشرع

من خلال التعرف على الشهادة في العرف تبين لنا أنه يتعلق بها النقاط التالية :

- الشهادة مقابل المال[١] .
- عدالة الشهود .
- تزكية الشهود .
- نصاب الشهادة
- شهادة النساء .
- شهادة الصبيان .

وقد تبين لنا في هذه النقاط أن هناك جوانب اتفاق وجوانب اختلاف وذلك على التفصيل التالي :

أولا: الشهادة مقابل المال :

كما تقدم للشاهد في العرف أخذ المال على الشهادة إن أراد أخذ الأجرة عليها سواء انحصرت الشهادة عليه أي تعين عليه أم لم تنحصر عليه أي لم تتعين عليه .

أما في الشرع ففيه بعض التفصيل .

الحكم في حالة التعين[٢]:

١. إذا كان الشاهد قريب من المجلس الذي يريد الشهادة فيه :

لا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ عليها أجرة لأنه فرض تعين عليه فلم يجز أن يأخذ عليه أجرة كسائر الفرائض.

وقالوا: كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل لهما أخذ الأجر به، وليس خاصا بهما بدليل ما ذكر من أن غاسل الأموات إذا تعين لا يحل له أخذ الأجر،ومن لم يجب إلى أداء الشهادة في هذه الحال فانه آثم لقوله تعالى:**(**وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيم**)**[3] ، فان أخذ مالا مقبل شهادته فأنها ترد شهادتهم لاعتبار أنها رشوة [٤].

٢. إذا كان الشاهد بعيدا من المجلس الذي يريد الشهادة فيه:

- إذا كان غنيا فأخذ أجرة مقابل الوصول إلى موقع الشهادة فلا يجوز له أخذ المال على ذلك ، ولا تقبل شهادته لاعتبار أنها رشوة .

---

[1] - اخذ هذا الأمر من إجراءات الشهادة ، لأن الإجراءات في الشرع والعرف واحدة .

[2] - أي في حالة تعين الشهادة على شخص معين .

[3] - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٣).

[4] - ابن الهمام :شرح فتح القدير (٣٦٦/٧) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٥٨/٧) ، ابن عابدين(محمد علاء الدين) : تكملة حاشية رد المحتار (٦٧/٧) ، النووي : المجموع (٢٢٤/٢٠) ، المرداوي : الإنصاف (١٢/٧) .

● أما إن كان فقيرا فأخذ أجرة مقابل الوصول إلى موقع الشهادة فله ذلك، أي أخذ الأجرة مقابل الوصول ،وتقبل شهادته ،لان الوصول إلى مجلس الشهادة من غير مال "وهو فقيرا أو ليس لديه مالا "فيه ضرر على الشاهد والله يقول:(وَلاَ يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ)[1]،[2].

الحكم في حالة عدم التعين:

هناك قولان للفقهاء في هذه المسألة.

الأول: أنه يجوز له أخذ الأجرة، لأنه لا يتعين عليه فجاز أن يأخذ عليه أجرة كما يجوز على كتب الوثيقة.

الثاني: أنه لا يجوز لأنه تلحقه التهمة بأخذ العوض[3] .

الرأي المختار:

والذي نميل إلى ترجيحه بجواز أخذ الأجرة على الشهادة سواء أكان غنيا أو فقيرا وسواء تعينت أم لم تتعين ،لأنه بالنسبة للغني ففيه تعطيل له عن عمله فإن لم يكن فيه تعطيل فلا تجوز ، أما إن كان فقيرا فله أخذ الأجرة مقابل الوصول إلى مجلس الشهادة، وتقبل شهادته ، لأن الوصول إلي مجلس الشهادة من غير مال أو التعطيل عن العمل فيه ضرر على الشاهد والله يقول:**(** وَلاَ يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ **)**[4] فيجب رفع الضرر عنه .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

في القضاء العرفي جواز أخذ الأجرة على الشهادة سواء تعينت عليه أم لم تتعين عليه ، أما إن أراد الشاهد الأجرة فيجب دفعها له .

أما في القضاء الشرعي فالأمر فيه تفصيل فإن تسببت له ضرر فوجب دفع الأجرة له لأن الضرر يزال وأما إن لم تسبب له ففيها الخلاف المتقدم .

ثانيا: عدالة الشهود :

في القضاء العرفي

- لا تطلب العدالة إلا إذا طعن الخصم في الشاهد وكان مستور الحال .
- عبئ إثبات فسق الشاهد على الطاعن في العدالة .

أما في القضاء الشرعي فإن العدالة شرط في الشاهد عند جمهور الفقهاء[5] ولم يخالف في ذلك سوى أبي يوسف من الحنفية وذلك على تفصيل بين الفقهاء :

---

[1] - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).
[2] - ابن الهمام : شرح فتح القدير (٣٦٦/٧) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٥٨/٧) ، ابن عابدين(محمد علاء الدين) : تكملة حاشية رد المحتار (٦٧/٧) ، النووي : المجموع (٢٢٤/٢٠) ، المرداوي : الإنصاف (٧/١٢) .
[3] - نفس المصادر .
[4] - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).
[5] - فعند الجمهور إذا قضي بشاهد فاسق بطل الحكم ، أما عند الأحناف فينفذ الحكم مع الإثم أي أثم القاضي:ابن الهمام : شرح فتح القدير (٣٧٦/٧) .

أولا : جمهور الفقهاء

على أنه يجب أن يكون الشاهد عدلا فلا تقبل شهادة الفاسق[1] ، لقوله تعالى: **(**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ**)**[2]وقوله تعالى:**(** مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء**)** [3]،[4].

ثانيا : قول أبي يوسف رحمه الله:

قال: إن الفاسق إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته، لأنه لوجاهته لا يتجاسر أحد على استئجاره لأداء الشهادة ، ولمروءته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له[5].

الرأي المختار:

القول الأول هو المختار وذلك لرجحان الدليل فان الله قال**(**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ**)**[6] فالعدالة هي مطلوب الآية وعليها تقوم الشهادة فلا مجال لشهادة الفاسق لمنافاة مدلول الآية وأيضا لقوله تعالى**(** مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء**)** [7] فالفساق ليس مما نرضى من الشهود فلا شهادة لهم.

لكنهم اختلفوا في العدالة المطلوبة إذا لم تعرف حالة الشاهد عدلا أم فسقا .

القول الأول :

لجمهور الفقهاء من مالكية وشافعية والمعتمد عند الحنابلة وقول أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني:

يروا أن القاضي إن لم يعرف حال الشاهد فإن عليه أن يسأل عن حالة الشهود عن طريق التزكية ، بان يبعث من عنده أناسا ليعرف عدالتهم ، ويكون السؤال في كل الأحوال سواء أطعن الخصم في الشهود أم لم يطعن ،وفي كل القضايا سواء أكانت حدودا وقصاصا أم في سائر الحقوق[8].

---

[1] - ابن عابدين(محمد علاء الدين) : تكملة حاشية رد المحتار (٦٦/٧) ، ابن الهمام : :شرح فتح القدير (٣٧٦/٧) ، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(١٦٤/٤)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢٥٦/٤) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٣٢٤/١) ، الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٨٢/٢)، النووي : المجموع (٢٢٤/٢٠) ، المرداوي : الإنصاف (٤٣/١٢) ، ابن قدامة : المغني (٣٣/١٢) .

[2] - سورة الطلاق: جزء من الآية (٢)

[3] - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).

[4] - ابن عابدين(محمد علاء الدين) : تكملة حاشية رد المحتار (٦٦/٧) ، ابن الهمام : :شرح فتح القدير (٣٧٦/٧) ، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(١٦٤/٤)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢٥٦/٤) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٣٢٤/١) ، الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٨٢/٢)، النووي : المجموع (٢٢٤/٢٠) ، المرداوي : الإنصاف (٤٣/١٢) ، ابن قدامة : المغني (٣٣/١٢) .

[5] - ابن نجيم : البحر الرائق (٦٦/٧)، ابن الهمام : :شرح فتح القدير (٣٧٥/٧) .

[6] - سورة الطلاق: جزء من الآية (٢) .

[7] - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).

[8] - ابن الهمام :شرح فتح القدير (٣٧٩/٧) ، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢٦١/٤) ، ابن قدامة : المغني (٣١/١٢) . الخطيب الشربيني: مغني المحتاج(٥١٠/٤) .

أدلة هذا القول :

– أن العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للإثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل ، والحاجة هاهنا إلى الإثبات وهو إيجاب القضاء ، والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها[١] .

– العدالة شرط فوجب العلم بها كالإسلام، وعلى الحاكم إذا شهد عنده شاهدان فإن عرف عدالتهما حكم بشهادتهما وإن عرف فسقهما لم يقبل قولهما وإن لم يعرف حالهما سأل عنهما لأن معرفة العدالة شرط في جميع الحقوق[٢].

– إن القضاء مبني على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان[٣].

القول الثاني:

لأبي حنيفة وقول للإمام أحمد:

قالوا بالاكتفاء بالعدالة الظاهرة إلا في الحدود والقصاص[٤].

أدلة هذا القول :

– قال أبو حنيفة: ظاهر قوله عز وجل : **(**وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا**)**[5] أي عدلا وصف الله سبحانه و تعالى مؤمني هذه الأمة بالوساطة و هي العدالة[٦].

– قول لسيدنا عمر رضي الله تعالى عنه : عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا في المؤمنين و زوالها بعارض[٧].

– قالوا إن: العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول إليها فتعلق الحكم بالظاهر و قد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به إلا أن يطعن الخصم لأنه إذا طعن الخصم و هو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال ، و السؤال في الحدود و القصاص طريق لدرئها والحدود يحتال فيها للدرء[٨].

– عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله r (المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في فرية)[٩،١٠].

– عن ابن عباس : قال جاء أعرابي إلى النبي r " فقال إني رأيت الهلال قال أتشهد أن لا إله إلا الله

---

[1] - الكاسائى: بدائع الصنائع(٤١٠/٦) .
[2] - المرداوي : الإنصاف (٤٣/١٢) ، ابن قدامة : المغني (٣١/١٢) .
[3] - ابن نجيم : البحر الرائق (٦٦/٧).
[4] - الكاسائى: بدائع الصنائع(٤١٠/٦) ، المغني (٣١/١٢) .
[5] - سورة البقرة: جزء من الآية (١٤٣) .
[6] - الكاسائى: بدائع الصنائع(٤١٠/٦) .
[7] - نفس المصدر.
[8] - الكاسائى: بدائع الصنائع(٤١٠/٦).
[9] - ابن أبي شيبة: المصنف (٣٢٥/٤) ، رقم الحديث٢٠٦٥٧ ،الدارقطني : سنن الدارقطني(٢٠٦/٤) رقم الحديث ١٥
[10] - ابن الهمام : :شرح فتح القدير (٣٧٥/٧) ، الكاسائى: بدائع الصنائع(٤٤٨/٦) .

أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ قال نعم قال يا بلال ! أذن في الناس أن يصوموا غدا"[1].

– كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري **(**المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حد أو مجرب في شهادة زور أو ظنين[2] في ولاء أو قرابة**)** [3] .

فهذه الأدلة تدل على أن الأصل في المسلم العدالة ما لم يظهر خلافها فيعمل بالعدالة الظاهرة في الشهادة.

الرأي المختار :وهو رأي أبي حنيفة القائل بالعادلة الظاهرة وذلك.

لتوافر الأدلة على الأخذ بظواهر العدالة ، ومن ذلك أن النبي **r** أخذ بشهادة الإعرابي من غير أن يسال عن عدالته ، وقول عمر **t** إلى أبي موسى "المسلمون عدول بعضهم على بعض"

– الأصل في المسلم أن يكون عدلاً حتى يثبت عليه الفسق، لأن اعتناق الإسلام يجعل الأصل في معتنقه أن يكون عدلاً، وما جاء على الأصل لا يطلب البينة عليه، بل البينة إنما شرعت لإثبات خلاف الأصل.

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

لا يبحث القاضي في القضاء العرفي عن عدالة الشهود أو فسقهم وليس عليه عبئ إثبات العدالة أو الفسق ، وإنما على الطاعن في العدالة ، فإن اثبت الخصم فسق الشاهد ردت شهادته .

أما في القضاء الشرعي فإن القاضي يبني حكمه على عدالة الشاهد[4] ، وعليه عبئ إثبات ذلك ، فالعدالة مطلوبة ابتداء خلافا للقضاء العرفي .

ثالثا : تزكية الشهود .

في القضاء العرفي:

– تكون التزكية عند الطعن في الشاهد بأنه لا يصلح للشهادة وأن يكون الشاهد مستور الحال .

– تزكية الشاهد في العرف تكون من (خمسته)[5].

– ويتم اختيارهم من قبل الخصم .

وقبل إعطاء الحكم الشرعي على التزكية في العرف كان لابد من معرفة التزكية في الشرع وأنواعها.

تعريف التزكية:

أصل التزكية لغة نفي ما يستقبح قولا أو فعلا وحقيقتها الإخبار عما ينطوي عليه الإنسان[1].

---

1 - النسائي : سنن النسائي (٣٣٧) رقم الحديث٢١١٤ ،الترمذي : سنن الترمذي (١٧٣)رقم الحديث ٦٩١ وحكم عليه بالإرسال ، ابن ماجة: سنن ابن ماجة (٢٩٠) رقم الحديث ١٦٥٢ وضعفه الألباني .

2 - الضنين :يعني المتهم .

3 - الدارقطني : سنن الدارقطني(٢٠٦/٤) رقم الحديث ١٥ ، البيهقي : سنن البيهقي الكبرى(١٥٠/١٠) رقم الحديث ٢٠٣٢٤ وحكم عليه العجلوني في كشف الخفاء بالضعف (١٢٩٨/٢) ، ابن قدامة : المغني (١١/ ٤١٥).

4 - سواء اكتفى بالعدالة الظاهرة كالأحناف أو البحث عن عدالة الشاهد كالجمهور .

5 - خمسة الرجل : هم الذين يلتقون مع هذا الرجل في الجد الخامس .

ثانيا:التزكية اصطلاحا :لم يذكر الفقهاء معني للتزكية ولكن الملاحظ لأقوال الفقهاء عند التكلم عن التزكية يرى أنها لا تخرج عن المعنى اللغوي للتزكية ألا وهي نفي ما يستقبح قولا أو فعلا وحقيقتها الإخبار عما ينطوي عليه الإنسان[٢].

التزكية عند الفقهاء نوعان : تزكية السر وتزكية العلانية.

أولا : تزكية السر: هو أن يسأل القاضي المعدل عن الشاهد في السر فيعدله ، أو يجرحه، ولا بد أن يقول المزكي : هو عدل جائز الشهادة ؛ لأن العبد عدل غير جائز الشهادة ، فيأخذ الحكم بناء على تعديله أو جرحه للشاهد.

ثانيا: تزكية العلانية : أن يحضر المعدل مجلس الحكم ويسأله القاضي عن الشهود بحضرتهم فيزكيهم ويقول بحضرتهم : هؤلاء عدول[٣] .

ويشترط في التزكية عدة شروط[٤]:

١. لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة ، إذ العبد والمحدود في القذف إذا تابا قد يعدل.

٢. يشترط في التزكية جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك، إلا لفظ الشهادة إجماعا.

٣. يشترط في التزكية عدم العداوة للمدعى عليه، فلو زكى أعداء المدعى عليه الشهود لا تصح التزكية لأنها شهادة.

٤. يشترط في التزكية العدد مع اختلافهم في العدد المطلوب للتزكية .

٥. يشترط في المزكي أن يكون له خبرة باطنة ، وله معرفة بأحوال الجرح والتعديل .

٦. لا يكتفي القاضي بتعديل العلانية دون تعديل السر ، وله أن يكتفي بتعديل السر دون تعديل العلانية[٥] .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

– في القضاء العرفي عبئ التزكية على الطاعن بينما عبئ التزكية في الشرع على القاضي .

– يتم اختيار المزكين من قبل الخصم في العرف ، بينما في الشرع يتم اختيارهم من قبل القاضي الشرعي .

---

[1]- الفراهيدي: العين(٣٩٤/٥) ، الرازي: مختار الصحاح (١٣٩)، ابن منظور: لسان العرب (٣٥٨/١٤)، الفيومي: المصباح المنير (١٥٤)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٦٦٧) ، الميناوي: التعاريف(١٧٤) .

[2] - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٨١/٧) ، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢٦٢/٤) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٣١٥/١) ، ابن عابدين(محمد علاء الدين) : تكملة حاشية رد المحتار (٨١/٧)، النووي : المجموع (٢٠/ ١٣٥) المرداوي : الإنصاف (١١/ ٢٩٥) ، ابن قدامة : المغني (٤/١٢).

[3] - نفس المصادر .

[4] - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٨١/٧) ، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢٦٢/٤) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٣١٥/١) ، ابن عابدين(محمد علاء الدين) : تكملة حاشية رد المحتار (٨١/٧)، النووي : المجموع (٢٠/ ١٣٥) المرداوي : الإنصاف (١١/ ٢٩٥) ، ابن قدامة : المغني (٤/١٢).

[5] - نفس المصادر .

– في القضاء العرفي تزكية الشاهد تكون من (خمسته)[1]، أما في القضاء الشرعي فتزكية الأقارب تقبل بناء على قبول شهادتهم بشرط أن لا يجلب نفعا ولا يدفع ضرا [2]. وقد اختلفوا في تزكية الأب للابن بناء على اختلافهم في شهادة الأب لولده[3].

وأيضا يشترط في المزكي في الشرع عدم العداوة للمدعى عليه، فلو زكى أعداء المدعى عليه الشهود لا تصح التزكية لأنها شهادة لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر [4] على أخيه ورد شهادة القانع[5] لأهل البيت وأجازها لغيرهم"[6].

وأما ما أن يقول المعدل عن الشاهد "هو صادق فما يقول " فهذه التزكية باطلة شرعا وذلك لما يأتي:

١.التزكية بمعني الشهادة ، والشهادة لا تجوز إلا بما علمه بدليل قول الله تعالى**(** إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُون**)**[7] وقوله تعالى **(** وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً **)**[8] وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لأن العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر ولأن مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر والسمع[9].

٢.روي عن ابن عباس أنه قال: سئل رسول الله r عن الشهادة قال : (هل ترى الشمس قال : نعم قال : على مثلها فاشهد أو دع)[10] ، إذا ثبت هذا فأن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان : الرؤية

---

[1] - خمسة الرجل : هم الذين يلتقون مع هذا الرجل في الجد الخامس .

[2] - أما الحديث الذي لا يجيز شهادة القرابة ففيه ضعف فلا يحتج به .
فقد روى الترمذي :حدثنا قتيبة حدثنا مروان الفزاري عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله r لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ومجلودة ولا ذي غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع أهل البيت لهم ولا ظنين في ولاء ولا قرابة)
قال الفزاري: القانع التابع (هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي و يزيد يضعف في الحديث ولا يعرف هذا الحديث من حديث الزهري إلا من حديثه ، وفي الباب عن عبد الله بن عمرة قال ولا نعرف معنى هذا الحديث ولا يصح عندي من قبل إسناده، والعمل عند أهل العلم في هذا أن شهادة القريب جائزة لقرابته الترمذي : سنن الترمذي (٥١٩) رقم الحديث ٢٢٩٨ وحكم عليه بالضعف .

[3] - **قال الإمام الشوكاني** :واختلف في شهادة الولد لوالده والعكس فمنع من ذلك الحسن البصري والشعبي وزيد بن علي والمؤيد بالله والإمام يحيى والثوري ومالك والشافعية والحنفية وعللوا بالتهمة فكذلك القانع.
وقال عمر بن الخطاب وشريح وعمر بن عبد العزيز والعترة وأبو ثور وابن المنذر والشافعي في قوله له أنها تقبل لعموم قوله تعالى**(** ذَوَيْ عَدْل **)** الشوكاني : نيل الأوطار(٣٣٤/٨) .

[4] - الغمر : الحقد

[5] - القانع : السائل الذي يسأل الناس .

[6] - أبو داود : سنن أبي داود (٥٤٥) رقم الحديث ٣٦٠٠ وحسنه الألباني ، الإمام احمد : المسند (٢/ ٢٠٤) رقم الحديث ٦٨٩٩ وحسنه شعيب الأرنؤوط .

[7] - سورة الزخرف :جزء من الآية (٨٦) .

[8] - سورة الإسراء : الآية (٣٦) .

[9] - ابن قدامة : المغني (٢٠/١٢) .

[10] - البيهقي : شعب الإيمان (٤٥٥/٧) رقم الحديث ١٠٩٧٤ ، الحاكم : المستدرك (٤/ ١١٠) رقم الحديث ٧٠٤٥ وقال حديث صحيح الإسناد تعليق الذهبي قي التلخيص : واه.

والسماع وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق و اللمس لا حاجة إليها في الشهادة في الأغلب فأما يقع بالرؤية فالأفعال كالغضب والإتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الأفعال وكذلك الصفات المرئية كالعيوب في المبيع ونحوها فهذا لا تتحمل الشهادة إلا بالرؤية لأنه تمكن الشهادة عليه قطعا فلا يرجع إلى غير ذلك[١].

٣.أن هذه التزكية من قبيل شهادة الزور وقد نهى الله عنها قال تعالى**(** وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا**)**[٢] .

٤.عن ابن مسعود من قوله وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا بلى يا رسول الله قال الإشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت) [٣] متفق عليه.

رابعا: نصاب الشهادة:

في القضاء العرفي لا يوجد نصاب في عدد الشهود فهم يعتمدون على الشاهد الواحد في الحكم في القضية .

أما القضاء الشرعي فاعتبار النصاب مختلف فيه .

القول الأول: لجمهور الفقهاء:

قالوا بأنه لا يقبل في الزنا إلا أربعة شهود[٤] ، ويقبل في بقية الحدود و القصاص شاهدان ، ويقبل في المال رجلان أو رجل وامرأتان ، ورجل ويمين المدعي[٥] وما لا يطلع عليه الرجال غالبا كعيوب النساء يقبل فيه شهادة امرأة عدل.

ومع اختلافهم الكبير في نوعية الشاهد ونوعية القضية التي يراد له أن يشهد فيها ولكنهم اشترطوا النصاب للشهادة إلا في بعض المستثنيات ، ولا تقبل شهادة الواحد إلا في بعض الصور التي هي من قبيل الإخبار أو الرواية أو للضرورة [٦].

أدلة هذا المذهب :

- قال تعالى **(**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُون**)**[7] .

---

1 - السرخسي : المبسوط (١١٢/١٦) ، ابن قدامة : المغني (٢٠/١٢) .
2 - سورة الفرقان : الآية (٧٢) .
3 - البخاري : الجامع الصحيح (٣/ ١٧٢) رقم الحديث ٢٦٥٤ ، مسلم : صحيح مسلم (١/ ٩١) رقم الحديث ١٤٣ .
4 - هذا محل اتفاق بين العلماء .
5 - خلاف للأحناف .
6 - ابن الهمام : :شرح فتح القدير (٢٧٠/٧) ، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢٨٨/٤ وما بعدها) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٣٧٠/١ وما بعدها)، النووي : المجموع (٢٥٢/٢٠) ، ابن قدامة : المغني (٦/١٢) ، المرداوي : الإنصاف (٧٨/١٢) .
7 - سورة النور : الآية (٤) .

– قال تعالى(ولَوْلَا جَاؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاء فَأُوْلَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ)[1] .

– قال تعالى(وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ)[2] .

فكل هذه الآيات تدل على نصاب الشهادة ، سواء أكان أربعة شهداء كما في شهادة الزنا ، أو شهيدان في الحقوق المالية أو شاهد وامرأة .

كما بينت السنة وجوب النصاب للشهادة نذكر أحاديث منها:

١.قول الرسول r (شاهداك أو يمينه)[3].

٢.وقول رسول الله r (أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل) [4].

فكل من الآيات والأحاديث دلت على النصاب .

القول الثاني:

لابن القيم الجوزية:

لا يشترط في ثبوت الحق[٥] النصاب [٦].

أدلة هذا المذهب :

من الكتاب :

قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ)[٧] .

أمر بالتثبت في خبر الفاسق ولم يأمر برده مطلقا حتى تقوم أمارة على صدقه فيقبل أو كذبه فيرد فحكمه دائر مع الحق والحق دائر مع حكمه أين كان ومع من كان وبأي دليل صحيح[٨].

من السنة :

(١)أن النبي r ابتاع من أعرابي فرسا فقال النبي r ابتعته بكذا فقال الأعرابي بل بكذا فوجدهما خزيمة بن ثابت الأنصاري يختلفان في الثمن فشهد خزيمة للنبي r فقال له النبي r أحضرتنا فقال بل علمت أنك صادق لا تقول إلا حقا فجعل النبي r شهادته شهادة رجلين[٩].

وهذا يدل على الاكتفاء بالشاهد الواحد إذا علم صدقه فإن النبي r ما قال لخزيمة أحتاج معك إلى شاهد آخر وجعل شهادته بشهادتين ..... وليس هذا الحكم الشاهد الواحد مخصوصا بخزيمة دون من

---

[1] - سورة النور : الآية (١٣) .

[2] - سورة الطلاق :جزء من الآية(٢) .

[3] -البخاري: الجامع الصحيح (٢ /٨٨٩) رقم الحديث ٢٣٨٠ ، الإمام احمد : المسند(٥ /٢١١) رقم الحديث٢١٨٩٠.

[4] - البخاري : الجامع الصحيح (٢/ ٩٤١) رقم الحديث ٢٥١٥ .

[5] - الحق المالي .

[6]- ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية (٩٢) .

[7] - سورة الحجرات : الآية (٦) .

[8]- ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية (٩٢) .

[9]- انظر الحديث بألفاظ مختلفة: النسائي : سنن النسائي (٧٠٨) رقم الحديث٤٦٤٧ ، أبو داود : سنن أبي داود(٥٤٦)رقم الحديث٣٦٠٧ وصححه الألباني ، الحاكم : المستدرك (٤/ ١١٢) رقم الحديث ٧٠٥٦ وقال على شرط الشيخين تعليق الذهبي في التلخيص : على شرط البخاري ومسلم .

هو خير منه أو مثله من الصحابة فلو شهد أبو بكر وحده أو عمر أو عثمان أو علي أو أبي بن كعب لكان أولى بالحكم بشهادته[١].

١.عن ابن عباس قال : جاء أعرابي إلى النبي r فقال إني رأيت الهلال قال الحسن في حديثه يعني (هلال) رمضان فقال " أتشهد أن لا إله إلا الله ؟ " قال نعم قال " أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ " قال نعم قال " يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا [2].

أن النبي r قبل شهادة الأعرابي وحده على رؤية هلال رمضان وتسمية بعض الفقهاء ذلك إخبارا لا شهادة أمر لفظي لا يقدح في الاستدلال ولفظ الحديث يرد قوله[٣].

ويقول(ابن القيم) : المقصود أن الشارع لم يقف الحكم في حفظ الحقوق البتة على شهادة ذكرين لا في الدماء ولا في الأموال ولا في الفروج ولا في الحدود.....وأن صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله لم يرد خبر العدل قط لا في رواية ولا في شهادة بل قبل خبر العدل الواحد في كل موضع أخبر به كما قبل شهادته لأبي قتادة بالقتيل وقبل شهادة خزيمة وحده وقبل شهادة الأعرابي وحده على رؤية هلال رمضان وقبل شهادة الأمة السوداء وحدها على الرضاعة وقبل خبر تميم وحده[٤] .

من المعقول :

يفرق ابن القيم بين التحمل والآداء ، فقال إن التحمل هو الذي يشترط فيه النصاب أما الآداء فلا يشترط فيها ذلك على ما تقدم من الأدلة[٥] .

مناقشة آراء ابن القيم :

(١) إن الآية" التثبت " التي استدل فيها ابن القيم جاءت في الرواية والخبر وليست في الشهادة في شيء ، وان قيل أنها تضم الشهادة أيضا ، قلنا أن الآية مطلقة وقد قيدت بآيات وأحاديث في مجال الشهادة بالعدد[٦] .

(٢) أما حديث خزيمة فهو خاص بخزيمة لا يشاركه فيها أحد من الصحابة، والدليل على أنها خاصة بخزيمة هو تتمة الحديث " فجعل النبي r شهادته شهادة رجلين" وهذا ما جاء في مسند الإمام أحمد "فكان خزيمة يدعى ذا الشهادتين" فيفهم من ذلك أن الأصل في الشهادة النصاب وهو رجلان[٧].

---

1 - ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية (٧٠) .

2 - النسائي : سنن النسائي (٣٣٧) رقم الحديث٢١١٢ ،الترمذي : سنن الترمذي (١٧٣)رقم الحديث٦٩١ وحكم عليه بالإرسال ، ابن ماجة: سنن ابن ماجة (٢٩٠) رقم الحديث ١٦٥٢، أبو داود : سنن أبي داود(٣٧٥) رقم الحديث٢٣٤٠ وضعفه الألباني .

3 - ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية (٧٠) .

4 - ابن القيم الجوزية :أعلام الموقعين (٨١/١) .

5 - نفس المصدر .

6 - محمد الزحيلي : أصول المحاكمات الشرعية (١٦٣)

7 - الإمام احمد : المسند (١٨٩/٥) رقم الحديث٢١٦٩٥ .

(٣) القول إن الشارع لم يتوقف على العدد في حفظ وثبوت الحق ، هذا قول منافي لم عليه الشرع ، بل إن الشرع احتاط لثبوت الحق ، وإظهار البينة ، ودحض التهمة بوجود النصاب، والشرع في كثير من الآيات والأحاديث ذكر العدد ، ولو لم يكن للعدد فائدة لما ذكرت وهذا واضح الدلالة.

(٤) أن التفريق بين التحمل والأداء تفريق تعسفي ، فكيف يطلب الشرع العدد في التحمل ويتركها عند الأداء فيكون طلبه من قبيل العبث وحشا للشرع أن يفعل ذلك .

الرأي المختار :

الرأي الذي ذهب إليه الجمهور وهو وجوب النصاب للشهادة ، وذلك للأدلة الدالة على النصاب[١] .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

– أنه لا اعتبار للنصاب في الشهادة في القضاء العرفي .

– أما في القضاء الشرعي فالنصاب معتبر عند جماهير العلماء وإن اختلفوا في نوعية الشاهد.

أما رأي ابن القيم في عدم اعتبار النصاب في الشهادة، فإن القضاء العرفي يتوافق معه.

خامسا : شهادة النساء :

في القضاء العرفي :

– لا تقبل شهادة النساء إذا كان معهن رجال .

– تقبل شهادة النساء في جميع القضايا إذا كن وحدهن .

– لا اعتبار للنصاب بل تكفي إمرأة واحدة في الإثبات إذا لم يكن غيرها شاهد .

وأما شهادة النساء في الشرع :

يجيز الشرع الأخذ بشهادة النساء والحكم بمقتضاها ، ومن المعلوم بين الفقهاء جميعا هو الأخذ بشهادة النساء ، وإن اختلفوا في القضايا التي يجوز للنساء الشهادة فيها ،وعدد النساء في القضية التي يراد للمرأة أن تشهد فيها .

نري جواز شهادة المرأة في جميع القضايا، سواء أكانت مما تتطلع عليها النساء ، أو غير ذلك من قضايا الأموال أم الحدود أو القصاص[٢]وذلك لما يأتي .

– أن الأحاديث التي بينت شهادة النساء جاءت عامة ، دون مخصص فتبقي على عمومياتها، فلا تخص قضية دون قضية.

- عن أبي سعيد الخدري : t عن النبي r قال (أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل) . قلن بلى قال (فذلك من نقصان عقلها)[٣].

---

[1] - انظر أدلة الجمهور(٥٩) .

[2] - تأيدا لرأي ابن حزم ، انظر ابن حزم : المحلى (٣٩٧/٩ وما بعدها).

[3] - البخاري : الجامع الصحيح (٢/ ٩٤١) رقم الحديث ٢٥١٥ .

فقول النبي r عام، لأنه عبر بصيغة العموم إذ لفظ "المرأة" و"الرجل" في قوله: «أليس شهادة المرأة نصف شهادة الرجل» من ألفاظ العموم، لأن كلاً منهما اسم جنس محلى بأل، واسم الجنس المحلى بالألف واللام من صيغ العموم لذلك كان عاماً في جميع الدعاوى[١].

● قول الرسول r للحضرمي" ألك بينة قال لا قال فلك يمينه"[٢]

فلفظة البينة جاءت مطلقة ،فتبقي على إطلاقها فتشمل الرجال والنساء ، واعتبر الرسول r شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل ، أي اعتبرت بينة[٣] .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

يتفق القضاء العرفي والقضاء الشرعي في قبول شهادة النساء[٤] .

– في القضاء العرفي تقبل شهادة النساء إذا كن وحدهن في أي قضية كانت كالدماء وغيرها ، بينما في الشرع[٥] تقبل ولكن لابد من النصاب[٦] .

سادسا : شهادة الصبيان .

في القضاء العرفي : لا اعتبار لشهادة الصبيان في العرف لعدم التميز بين الأشياء أو أن تختلط الأشياء عليه.

في القضاء الشرعي :

اختلف الفقهاء في شهادة الصبيان على قولين :

الأول : للإمام مالك وقول للإمام أحمد.

يقولون بقبول شهادة الصبيان ولكن بشروط .

سئل الإمام مالك هل تجوز شهادة الصبيان بعضهم على البعض ما لم يتفرقوا أو يدخل بينهم كبير أو يخببوا[٧] في أي شيء كان ذلك ؟ قال :"في الجراحات والقتل إذا شهد فيه اثنان فصاعدا قبل أن

---

1 - أحمد الداعور : أحكام البينان (٤٨) .

2 - الإمام مسلم : صحيح مسلم(١/ ١٢٣) رقم الحديث ١٣٩، أبو داود : سنن أبي داود (٤٩٦) رقم الحديث ٣٢٤٥ ،الترمذي : سنن الترمذي (٣١٦)رقم الحديث ١٣٤٠وقال عنه حسن صحيح .

3 - ما روي عن الزهري قال : مضت السنة من رسول الله r والخليفتين بعده انه لا تجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق هذا الحديث ضعيف قال عنه ابن حزم : انه منقطع من طريق إسماعيل بن عياش وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطاة وهو هالك ، ابن حزم : المحلى (٣٩٧/٩) مسالة رقم ١٧٨٦ .

4 - أما في العرف القديم فلا .

5 - ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اعتبار شهادة النساء في الحدود والقصاص .

6 - بناء على ما ترجح لدينا .

7 - التخبيب هو : تعليم الخبث وهو أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الكذب ويصدونهم عما يحصل عندهم من يقين أو يزينوا لهم الزيادة فيها والنقصان منها فإذا كان ذلك لم تقبل الرازي : مختار الصحاح (٩٥) ، الفيومي : المصباح المنير (١٠٠).

يتفرقا وكان ذلك صبيان كلهم[١] ، ولا تجوز فيه شهادة واحد ، ولا تجوز شهادة الإناث أيضا من الصبيان في الجراحات فيما بينهم[٢].

أدلة هذا المذهب :

– ما روي عن مسروق أن ستة غلمة ذهبوا يسبحون فغرق أحدهم فشهد ثلاثة على اثنين أنهما غرقاه وشهد اثنان على ثلاثة أنهم غرقوه فقضى على الثلاثة خمسي الدية وعلى الاثنين ثلاثة أخماس الدية[٣].

– تواطأت مذاهب السلف الصالح على قبول شهادتهم فقال به علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان وعبد الله بن الزبير ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي وشريح وابن أبي ليلى وابن شهاب وابن أبي مليكة رضي الله عنهم وقال ما أدركت القضاة إلا وهم يحكمون بقول ابن الزبير وأبي الزناد وقال هي السنة[٤] .

– قد ندب الشرع إلى تعليم الصبيان الرمي والثقاف والصراع وسائر ما يدربهم على حمل السلاح والضرب والكر والفر وتصليب أعضائهم وتقوية أقدامهم وتعليمهم البطش والحمية والأنفة من العار والفرار ومعلوم أنهم في غالب أحوالهم يخلون وأنفسهم في ذلك وقد يجني بعضهم على بعض فلو لم نقبل قول بعضهم على بعض لأهدرت دماؤهم وقد احتاط الشارع بحق الدماء حتى قبل فيها اللوث واليمين وإن كان لم يقبل ذلك في درهم واحد[٥].

الثاني : لجمهور الفقهاء :

انه لا تقبل شهادة الصبيان[٦] .

أدلة هذا المذهب :

من الكتاب:

١.قوله تعالى : **(** وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ **)**[٧]والصبي ليس من الرجال[٨].

٢.وقوله تعالى : **(** مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء **)**[٩] والصبي لا يرضى بشهادته[١٠].

---

[1] - ذكر ابن فرحون أحد عشرة شرطا في قبول شهادة الصبي : ابن فرحون : تبصرة الحكام (٢٢/٢) .
[2] - الإمام مالك : المدونة الكبرى (٤/ ٢٦) ، ابن قدامة : المغني (٢٨/١٢) .
[3] - ابن أبي شيبة : المصنف (٤٤٨/٥) ، رقم الحديث ٢٧٨٧٣ .
[4] - ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية (١٤٦) ، ابن حزم : المحلى (٤٢٠/٩) مسالة رقم ١٧٩١ ، ابن قدامة : المغني (٢٨/١٢) .
[5] - نفس المصادر .
[6] - : الكاسائي: بدائع الصنائع(٤٠٦/٦) ، الشافعي : الأم (٥١/٧) ، الشيرازي: المهذب (٤٥١/٢) ، النووي : المجموع (٢٥٢/٢٠) ، ابن قدامة : المغني (٢٨/١٢) ، المرداوي : الإنصاف (٣٧/١٢) ، ابن حزم : المحلى (٤٢٠/٩) .
[7] - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).
[8] - الشيرازي: المهذب (٤٥٣/٢)، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٥٤١/٤) .
[9] - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).

٣.وقوله تعالى :(وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ)[٢] دلت الآية على أن الشاهد يجب أن يكون عدلا، والصبيان ليسوا كذلك[٣].

من السنة:

*عائشة رضي الله عنها :أن رسول الله r قال : (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنْ الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ وَعَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ)[4] .

وقالوا إنه :لا تقبل شهادة من ليس بعاقل إجماعا قال ابن المنذر : وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو صغر لأنه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله[٥] .

من المعقول:

١.لا تقبل شهادة الصبي العاقل لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالتحفظ و التحفظ بالتذكر و التذكر بالتفكر و لا يوجد من الصبي عادة[٦].

٢.إن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون[٧].

الرأي المختار :

هو ما ذهب إليه الجمهور للأدلة على عدم قبول شهادة الصبي :

– فالله تعالى يقول : (وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ)[٨]والصبي ليس من الرجال[٩].

– وقوله تعالى : (مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء)[١٠] والصبي لا يرضى بشهادته[١١].

– وما روي عن عائشة رضي الله عنها :أن رسول الله r قال : (رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنْ الْمُبْتَلَى حَتَّى يَبْرَأَ وَعَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ)[12] .

وقالوا انه :لا تقبل شهادة من ليس بعاقل إجماعا قال ابن المنذر : وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو صغر لأنه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله[١] .

---

1 - ابن قدامة : المغني(٢٩/١٢)، ابن حزم : المحلى (٤٢٠/٩) مسالة رقم ١٧٩١ .
2 - سورة الطلاق: جزء من الآية (٢) .
3 - ابن قدامة : المغني (٢٩/١٢)، ابن حزم : المحلى (٤٢٠/٩) مسالة رقم ١٧٩١ .
4- روي بألفاظ مختلفة انظر: النسائي : سنن النسائي (٥٣١) رقم الحديث٣٤٣٢ ،الترمذي : سنن الترمذي (٣٣٦)رقم الحديث ١٤٢٣ وقال عنه حديث حسن، ابن ماجة: سنن ابن ماجة (٣٥٢) رقم الحديث ٢٠٤١، أبو داود : سنن أبي داود(٦٥٦)رقم الحديث٤٣٩٨ وصححه الألباني .
5 - ابن قدامة : المغني (٢٩/١٢) .
6 - الكاسائي: بدائع الصنائع(٤٠٦/٦).
7 - ابن قدامة : المغني (٢٩/١٢) .
8 - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).
9 - الشيرازي: المهذب (٤٥٣/٢)، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٥٤١/٤) .
10 - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٢).
11 - ابن قدامة : المغني(٢٩/١٢)، ابن حزم : المحلى (٤٢٠/٩) مسالة رقم ١٧٩١ .
12- روي بألفاظ مختلفة انظر: النسائي : سنن النسائي (٥٣١) رقم الحديث٣٤٣٢ ،الترمذي : سنن الترمذي (٣٣٦)رقم الحديث ١٤٢٣ وقال عنه حديث حسن، ابن ماجة: سنن ابن ماجة (٣٥٢) رقم الحديث ٢٠٤١، أبو داود : سنن أبي داود(٦٥٦)رقم الحديث٤٣٩٨ وصححه الألباني.

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

أن هناك توافق بين القضاء العرفي والقضاء الشرعي فيما يراه الجمهور على عدم الأخذ بشهادة الصبي[٢] .

[1] - ابن قدامة : المغني (٢٩/١٢) .
[2] - هذا على رأي الجمهور .

المبحث الثاني : اليمين

ويحتوي : على ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تعريف اليمين .

المطلب الثاني: اليمين في العرف.

المطلب الثالث: مقارنة بين اليمين في العرف واليمين في الشرع .

المطلب الأول

تعريف اليمين

أولا : اليمين لغة : تأتي بعدة معاني منها :

- **القوة :** قال تعالى: **(** فَرَاغَ عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِالْيَمِينِ **)**[١] أي بالقوة [2].
- **اليمنى:** خلاف اليسرى، للجهة، والجارحة واليمين: ضد اليسار.
- **الدين، والملة :** قال تعالى : **(**قالوا إنكم كنتم تأتوننا عن اليمين**)**[٣]أي: تأتوننا من قبل الدين، فتزينون لنا ضلالتنا[4].
- **العهد :** قال تعالى: **(**وَإِن نَّكَثُواْ أَيْمَانَهُم مِّن بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُواْ فِي دِينِكُمْ فَقَاتِلُواْ أَئِمَّةَ الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لاَ أَيْمَانَ لَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَنتَهُونَ**)**[٥] أي لا عهود لهم[6] .
- **واليمين: القسم والحلف** ، والجمع الأيمان. وأيمن: حرف وضع للقسم، تقول: أيم الله وأيمن الله: قال تعالى:**(** لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ **)**[٧،8].

ثانيا : اليمين اصطلاحا :

عرف الفقهاء اليمين في الاصطلاح بتعريفات كثيرة إلا أن هذه التعريفات تدور في حقيقتها حول معنى واحد آلا وهو التأكيد على حدوث أمرا أو نفيه بذكر اسم من أسماء الله أو صفته من صفاته ، والأمر لا يعدو سوى توسع بعضهم في القيود والمحترزات أو الإقلال منها .

وسأذكر بعض هذه التعاريف للبيان :

- "عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك"[٩].
- "اليمين : تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته"[١٠].
- "تحقيق الأمر أو توكيده بذكر الله تعالى أو صفة من صفاته"[١١].
- "هي توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص"[١٢].

---

1 - سورة الصافات : الآية (٩٣) .

2 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٣٧٢/٨)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (١٦/٧) ، تفسير الجلالين(٤٢٩).

3 - سورة الصافات : الآية (٢٨) .

4 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٣٥٨/٨)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (٦/٧) ، تفسير الجلالين(٤٤٧).

5 - سورة المائدة : الآية (١٢) .

6 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٩٩/٥)، ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (٦٧/٤) ، تفسير الجلالين(١٨٨).

7 - سورة المائدة : جزء من الآية (٨٩) .

8 - الفراهيدي: العين(٣٨٧/٨) ، الرازي: مختار الصحاح (٣٣٤)،ابن منظور: لسان العرب (٤٥٨/١٣) ،الفيومي: المصباح المنير (٤٠٥)،، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٦٠١) ، الجرجاني : التعريفات (٣٣٢) .

9 - الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (٣/٤) ، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٤/٤).

10- الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل (٢/ ١٢٧) ، عليش : منح الجليل (٣/٣) .

11 - الحصني : كفاية الأخيار(٦٦١) .

12 - البهوتي : كشف القناع (٢٢٨/٦) .

وبعد ذكر التعريفات نجدها تقريبا تدور حول معنى واحد ، وسأشرح تعريفا واحدا مبينا ذلك .

اليمين هو : تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته[1].

هي تحقيق ما لم يجب : أي أن يقصد الحالف تحقيق أمر ما سواء أكان الأمر في الماضي أو في المستقبل وسواء أكان تحقيقه نفيا أو إثباتا .

بذكر الله أو صفة من صفاته : أي يكون الحلف باسم الله مثل (والرحمن) أو بأحد صفاته (والحي) ، وحتى يخرج كل حلف يكون بالآباء أو بالطلاق أو غير ذلك .

واليمين في الاصطلاح العرفي :

لا يخرج عن المعنى الشرعي من حيث حقيقته ولكن ثمة إجراءات عرفية تتعلق باليمين سنبينها في المطالب التالية ثم نقارنها بالشريعة .

1- ما ذهب إليه الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل (٢/ ١٢٧) ، عليش : منح الجليل (٣/٣) .

المطلب الثاني

اليمين في العرف

اليمين في العرف من الأدلة العظيمة التي يرتكز عليها القضاء العرفي في الحكم في أي قضية ، ويعتبرون اليمين من الأدلة القاطعة والفاصلة في فصل أو حل أي قضية .

إجراءات حلف اليمين :

إذا حصل خلاف على جزئية من جزئيات القضية والتي تحتاج إلى إثبات أو إلى نفي والتي لا يجود عليها شهود فيحال إلى اليمين الشرعية ، والقاعدة عندهم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وقد يتم تبادل اليمين بمعني أن يطلب أحد الخصوم سواء أكان المدعي أو المدعي عليه من الطرف الآخر حلف اليمين الشرعية فإن حلف اليمين ثبت الحق له أو دفع التهمة عنه والجملة المشهورة عندهم (يا بتاخذ يا بتعطي)[١].

وصيغة اليمين المشهورة في القضاء العرفي (والله العظيم ألي ما أعظم منه عظيم إني.....) ، وقد يكون الحلف بصيغ أخرى[٢،٣].

التعظيم بالمكان والزمان :

يلاحظ العرف التعظيم بالمكان بأن يتم التحليف عند مكان معظم عند الناس كالمساجد مثلا أو ما شابه ، أو التعظيم بالزمان كأن يحلف بعد صلاة الجمعة أو بعد صلاة العصر ، ويتخذ التعظيم بالمكان والزمان لما فيه من العظمة على نفس الحالف ولإيقاع الرهبة في قلب حتى يتراجع إن كان شاكا في يمينه أو كان كاذبا ، وهذا الأمر متروك للقاضي على حسب نوعية القضية فربما يتم تحليف الخصم في الديوان أو في مكان معظم إذا كانت القضية من القضايا الخطيرة .

ويعطي القاضي العرفي الحالف مدة تتراوح بين خمسة عشرة يوما أو شهر ، وذلك حتى يتم الحالف مراجعة نفسه قبل الحلف أو حتى تدخل الواسطة بين الخصوم أي حتى يتدخل رجال الصلح لعل القضية تُحل صلحا[٤] .

تزكية اليمين :

وتزكية اليمين لا تكون إلا من خمسة الرجل الحالف ، وصورة ذلك أن الذي يطلب منه حلف اليمين الشرعية سواء أكان(المدعي أو المدعي عليه) ويقوم عدد معين يعينه الخصم من خمسة الرجل المعروفين بين الناس بالوجاهة، ويقولون بعد الحلف (انه صادق فيما يقول).

---

1 - المعنى: الحلف عليك أو علي ، وأيهما حلف منهما ثبتت له الدعوى .

2 - المقصود بالصيغ الأخرى أن تكون الصيغة مقترنة بالقسم بالله مثل أن يقول والله العظيم ما فعلت وما تسببت .

3 -غيث : قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي (٤٦) ،العارف :القضاء بين البدو(٧٤) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٢٩) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

4 - نفس المصادر .

وتزكية اليمين لا تكون إلا في القضايا التي تكون ذات أهمية كقضايا الأرض أو العرض أو السرقة أو ما شابه ذلك[١] .

شروة اليمين :

شراء اليمين أو ما يسمى في العرف **(شروة اليمين)** أن يتم شراء اليمين بمبلغ من المال بمعنى أن الشخص الذي يقع عليه حلف اليمين أما أن يحلف اليمين الشرعية وأما أن يدفع مبلغ من المال مقابل أن لا يحلف اليمين .

ولكن عند البحث في هذا الأمر مع بعض القضاة العرفيين وجدنا الأمر على حالتين :

الحالة الأولى : أنه يتم الصلح على حل القضية مقابل مبلغا من المال وذلك بأن يتم تخيير الحالف إما أن يحلف وإما أن يصالح على القضية مقابل المال ، أي يتم الصلح على مال .

الحالة الثانية : أن يفتدي يمينه بمال ، أي أن يدفع مالا مقابل ألا يحلف .

وشروة اليمين لا تكون إلا بأمرين :

الأول : أن تكون برضي الخصم ، فإن لم يرض حُلف اليمين الشرعية .

الثاني : ألا تكون في القضايا الخطيرة (كالقتل مثلا أو السرقة أو غير ذلك) [٢] .

---

[1] - العارف :القضاء بين البدو(٧٤) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٢٩) ، غيث : قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي (٤٥) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - مقابلات مع بعض رجال العرف .

المطلب الثالث

مقارنة بين اليمين في العرف واليمين في الشرع

على ما قدمنا يمكن الوقوف على عدة نقاط لليمين في العرف.

- صيغة اليمين .
- تبادل الحلف .
- التعظيم بالمكان أو الزمان.
- تزكية اليمين .
- شروة اليمين .

أولا : صيغة اليمين .

– **ألفاظ اليمين في القضاء العرفي :**

كما قدمنا **أن** صيغة اليمين المشهورة في القضاء العرفي **(**والله العظيم ألي ما أعظم منه عظيم إني.....**)** ، وقد يكون الحلف بصيغ أخرى .

– أما **ألفاظ اليمين في الشرع :**

ذهب الفقهاء من (المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة)[1] على أن صيغة اليمين هي الحلف بالله تعالى .

واستدلوا بحديث :عن ابن عمر رضي الله عنهما:أنه أدرك عمر بن الخطاب في ركب وهو يحلف بأبيه فناداهم رسول الله **r** (ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله وإلا فليصمت)[2].

ولكن اختلفوا هل يكتفي بالحلف بالله تعالى أو هناك زيادة في الألفاظ فذهب جمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة)[3] إلى الاكتفاء بالحلف بالله تعالى أما المالكية فذهبت إلى أن صيغة اليمين يجب أن تكون على النحو التالي (بالله الذي لا اله إلا هو)[4].

---

1 - السرخسي : المبسوط (١٢٦/٨) ، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٨/٤) ، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(١٢٧/٢) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٢٢٤/١) ، الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٣٥/٢)، النووي : المجموع (١٨/١٨) ، ابن قدامة : المغني (١١٣/١٢) ، المرداوي : الإنصاف (٣/١١).

2 - البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ١٨٠) رقم الحديث ٢٦٧٩ ، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٢٦٦/٣) رقم الحديث ١٦٤٦.

3 - السرخسي : المبسوط (١٢٦/٨)، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٨/٤)، الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٥٣٥/٢)، النووي : المجموع(١٨/١٨) ، ابن قدامة : المغني (١١٣/١٢) ، المرداوي : الإنصاف (٣/١١) .

4 - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٦٦/٢) ، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٤/ ٢٢٨)

أدلة الجمهور:

من الكتاب:

١.قال تعالى: **(**تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلاَةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لاَ نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلاَ نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الآثِمِينَ**)**[1].

٢.وقوله تعالى : **(**فَإِنْ عُثِرَ عَلَى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يِقُومَانُ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الظَّالِمِينَ**)**[2].

فالآيات ذكرت الصيغة المطلوبة وهي القسم بالله لا غير .

من السنة :

١. إن الأشعث بن قيس خرج إلينا فقال ما يحدثكم أبو عبد الرحمن قال فحدثناه قال فقال صدق لفي والله أنزلت كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله **r** فقال رسول الله شاهداك **أو يمينه** قلت إنه إذا يحلف ولا يبالي فقال رسول الله **r** من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان فأنزل الله تصديق ذلك ثم اقترأ هذه الآية**(** إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً أُوْلَئِكَ لاَ خَلاَقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلاَ يُكَلِّمُهُمُ اللّهُ وَلاَ يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ **)**[٣]،[4]

وجه الدلالة أن النبي أطلق كلمة اليمين لتشمل أي صيغة كانت .

٢. عن ابن عمر رضي الله عنهما:أنه أدرك عمر بن الخطاب في ركب وهو يحلف بأبيه فناداهم رسول الله **r** (ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله وإلا فليصمت)[5].

فالأحاديث ذكرت الصيغة المطلوبة وهي القسم بالله ولم تزد على ذلك .

أدلة المالكية:

١.ما روي عن النبي **r** قال يعني لرجل حلفه " احلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء"[٦] يعني للمدعي ، فالحديث ذكر الصيغة المطلوبة .

الرأي المختار :

نقول لا يوجد تعارض بين الأقوال فالنبي **r** قد استعمل الصيغتين ، وعلى ذلك يجوز استخدام صيغة الحلف مقتصرا على لفظ الجلالة (الله) أو زيادة على لفظ الجلالة(بلا إله إلا هو) بحسب ما يراه القاضي .

---

1 - سورة المائدة : جزء من الآية (١٠٦) .

2 - سورة المائدة : الآية (١٠٧) .

3 - سورة آل عمران : الآية (٧٧).

4. البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ١٤٣) رقم الحديث ٢٥١٥.

5 - سبق تخريجه.

6 - أبو داود : سنن أبي داود(٥٤٨) رقم الحديث٣٦٢٠ وقال عنه الألباني ضعيف الإسناد .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

أن القضاء العرفي يتفق مع القضاء الشرعي في صيغة اليمين في الجملة[1] .

ثانيا : تبادل الحلف .

في القضاء العرفي : قد يتم تبادل اليمين بمعني أن يطلب أحد الخصوم سواء أكان المدعي أو المدعى عليه من الطرف الآخر حلف اليمين الشرعية فإن حلف اليمين ثبت الحق له أو دفع التهمة عنه والجملة المشهورة عندهم (يا بتاخذ يا بتعطي)[2].

في القضاء الشرعي : تبادل الحلف يتم بناء على من يثبت اليمين ، فمن قال أن اليمين يثبت للمدعى عليه ولا ينتقل إلى المدعي قال بعدم تبادل الحلف لأن اليمين ثبت للمدعي عليه وهذا ما ذهب إليه الأحناف والحنابلة[3] ، ومن قال إن اليمين يمكن أن ترد على المدعي أو أن يحلف ابتداء كاليمين مع الشاهد قال بجواز تبادل الحلف وهذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية[4] .

استدل الفريق الأول بما يلي :

عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي **r** فقال الحضرمي يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي فقال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله **r** للحضرمي" ألك بينة قال لا قال **فلك يمينه**" قال يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء فقال ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله **r** لما أدبر أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض"[5] .

فالنبي **r** قال "ليس لك منه إلا ذلك" أي لم يرد اليمين عليه، وأن اليمين تثبت للمدعى عليه[6] .

واستدل الفريق الثاني :

– عن سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار :أن النبي **r** قال لليهود وبدأ بهم " يحلف منكم خمسون رجلا " فأبوا فقال للأنصار " استحقوا " قالوا نحلف على الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله **r** دية على يهود لأنه وجد بين أظهرهم[7] .

– عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي **r** "رد اليمين على طالب الحق"[8] .

---

1 - خلاف قول الامام مالك الذي يجب الالتزام بصيغة " لا إله إلا هو" .

2 - المعنى: الحلف عليك أو علي ، وأيهما حلف منهما ثبتت له الدعوى .

3 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٢٣٠/٦) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٢٠٤/٧) ، ابن قدامة : المغني (١٢٤/١٢) . ابن القيم : الطرق الحكمية (١١٨) .

4 - ابن فرحون : تبصرة الحكام (١٩١/١) ، ابن رشد : بداية المجتهد (٢٣٠/٢) ، الشيرازي : المهذب (٥٥٩/٢) .

5 - الإمام مسلم : صحيح مسلم(١/ ١٢٣) رقم الحديث ١٣٩.

6 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٢٣٠/٦) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٢٠٤/٧) ، ابن قدامة : المغني (١٢٤/١٢) ، ابن القيم : الطرق الحكمية (١١٨) .

7 - أبو داود : سنن أبي داود (٦٧٨) رقم الحديث ٤٥٢٦ وقال عنه الألباني (حديث شاذ) .

8 - الحاكم : المستدرك (١١٣/٣) وقال على شرط الشيخين تعليق الذهبي في التلخيص لا أعرف محمدا وأخشى أن لا يكون الحديث باطلا .

فهذه الأحاديث تدل على أن النبي رد اليمين وبالتالي جواز أن يبتدئ بالحلف [1] .

الرأي المختار :

هو الرأي الذي ذهب إليه الشافعية والمالكية وذلك أن النبي **r** أعطى الحلف للمدعين كما في القسامة.

العبرة من اليمين هو تبين الحق ، فإذا رضي المدعى عليه بيمين المدعي فلا مانع من حلف المدعي للوصول إلى الحق .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

أن القضاء العرفي يتفق مع رأي القائلين بتبادل حلف اليمين[2] .

ثالثا : التعظيم بالمكان أو الزمان.

– كما قدمنا أن التعظيم بالمكان أو الزمان له اعتباره في القضاء العرفي ، فيكون حسب ما يراه القاضي وذلك حسب نوعية القضية وخطورتها والتي تحتاج إلى التعظيم أو لا .

– أما في القضاء الشرعي فالتعظيم بالمكان والزمان له اعتباراته فقد قال الله تعالى: **(**تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلاَةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لاَ نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلاَ نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الآثِمِينَ**)**[3] فالله قد ذكر العصر ليدل على تعظيم الزمان ، وقد اختلفت أقوال الفقهاء في الاعتبارات ومتى تكون[4] .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى :

أن القضاء العرفي يتفق مع القضاء الشرعي في اعتبار التعظيم بالزمان والمكان .

رابعا : تزكية اليمين .

في القضاء العرفي :

– تكون تزكية اليمين في القضاء العرف بخمسته المعروفين بين الناس بالوجاهة.

– أن يختارهم الخصم .

---

[1] - ابن فرحون : تبصرة الحكام (١٩١/١) ، ابن رشد : بداية المجتهد (٢٣٠/٢) ، الشيرازي : المهذب (٥٥٩/٢) .

[2] - هذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية .

[3] - سورة المائدة : جزء من الآية (١٠٦) .

[4] - **ذهب الأحناف** إلى أن الأمر متروك للقاضي إن شاء غلظ وان شاء حلف دون تغليظ ، وهذا التغليظ يكون باللفظ لا غير ، أما التغليظ بالمكان والزمان فهو غير واجب عند الأحناف ،فالحلف عندهم هو تعظيم المقسم به وهو الله تعالى، وهو حاصل بالحلف بالله تعالى ، الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (٤١/٤)، الكاسائي : بدائع الصنائع (٢٢٨/٦) .

- **وذهبت المالكية** : إلى التغليظ بالمكان والزمان على حسب نوعية القضية ، فقال الإمام مالك من ادعى عليه بثلاث دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع ، وعنده القسامة واللعان يكون الحلف عليهما بعد العصر وما عدها يكون في أي وقت ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٢٢٤/١) .
- **و للشافعية** : قولان في التعظيم بالزمان أو المكان احدهما واجب و الآخر مستحب وذلك حسب نوعية القضية ، الشيرازي : المهذب (٣٣٢/٢).
- **وذهبت الحنابلة** :إلى استحباب التعظيم بالمكان والزمان، البهوتي :كشف القناع (٤٥٠/٦) .

– أن يحلف المدعى عليه ، ويقولون بعد الحلف (انه صادق فيما يقول).

في القضاء الشرعي:

لا يوجد هذا النوع من التزكية، و لا يوجد في الشرع ما يسمى بتزكية اليمين ، ومن تتبع كتب المذاهب لا يوجد ما يسمى بتزكية اليمين[1] .

وعلى هذا ينطبق عليه حديث عائشة رضي الله عنها قالت :قال رسول الله **r** (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد) [2]، وأما قولهم (صادق فيما يقول) فقد بينا الحكم الشرعي فيه[3].

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلى:

إن القضاء العرفي يقدم نوعا جديدا من التزكية آلا وهو تزكية اليمين ، بينما في القضاء الشرعي فلا يوجد هذا النوع من التزكية ، فالمعتبر في الشرع تزكية الشاهد لا غير .

خامسا : شروة اليمين .

في القضاء العرفي :

– يتم فدية اليمين إما بالصلح مقابل مال أو يتم فداء يمينه مقابل مال[4] .

– تكون شروة اليمين في قضايا الأموال أو القضايا الصغيرة أما في القضايا الخطيرة فلا مجال لشروة اليمين .

أما في القضاء الشرعي :

– إذا كان الأمر على الصلح ، أي ترك الحلف مقابل الصلح على مال فهذا على الجواز لعموم أدلة الصلح مثل قوله تعالى**(** فَلاَ جُنَاْحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ **)**[5] ، ولحديث رسول الله **r** قال (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما)[6].

يقول ابن قدامة: ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز[7] .

– أما إن قلنا أن (**شروة اليمين**) بمعنى أن يشتري الحالف اليمين مقابل المال أي أن يتنازل عن الحلف مقابل المال.

---

1 - أجريت عملية بحث في كتب المذاهب من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة فلم يذكر احد تزكية اليمين وان ما ذكر هو تزكية الشاهد لا غير .

2 - البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ٦٩) رقم الحديث ٢١٤٢، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٤٣/٣) رقم الحديث ١٧١٨.

3 - انظر: صفحة (٦٢) .

4 - انظر شروة اليمين في العرف(٧١) .

5 - سورة النساء : جزء من الآية (١٢٨) .

6 - الترمذي : سنن الترمذي (٣١٨) رقم الحديث ١٣٥٢ وقال عنه حسن صحيح ،وصححه الألباني .

7 - ابن قدامة: المغني (٢٧/٥) .

فقد كنت أتصور أن هذا الأمر على الحرمة وكيف لليمين أن يُشتري ، ولكن عند البحث وجدت الأمر على خلاف ما كنت أتصور فقد وجدت في بعض كتب الحديث جواز ذلك الأمر .

وسأذكر بعضها :

ما رواه البخاري من طريق أبي قلابة من حديث طويل وذكر فيه (يقسم خمسون من هذيل ما خلعوه قال فأقسم منهم تسعة وأربعون رجلا وقدم رجل منهم من الشام فسألوه أن يقسم فافتدى يمينه منهم بألف درهم فأدخلوا مكانه رجلا آخر)[١] .

ما رواه الدارقطني سننه:

- عن حسان بن ثمامة قال :" زعموا أن حذيفة عرف جملا له سرق فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين فصارت على حذيفة يمين في القضاء فأراد أن **يشتري يمينه** فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى قال فلك ثلاثون فأبى فقال لك أربعون فأبى فقال حذيفة اترك جملي فحلف أنه جمله ما باعه ولا وهبه"[٢].
- وعن محمد بن جبير بن مطعم عن أبيه : أنه **فدى يمينه** بعشرة آلاف درهم ثم قال ورب هذا المسجد ورب هذا القبر لو حلفت لحلفت صادقا وذلك أنه شيء افتديت به يميني[٣].

فهذه الأدلة تبين جواز افتداء اليمين مقابل المال ، وعلى هذا يجوز ما يسمى (بشروة اليمين) إذا كان الطرف الآخر يقبل هذا الأمر وإلا فإن لم يقبل هذا الأمر فأنه يجب عليه الحلف[٤] .

وهذه الأدلة تدل على جواز افتداء اليمين .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلي :

اتفاق القضاء العرفي والقضاء الشرعي فيما يسمى (بشروة اليمين) أي على ما يسمى بفداء اليمين بالمال .

---

1 - البخاري : الجامع الصحيح (٩/٩) رقم الحديث ٦٨٩٩ .

2 - الدار قطني : سنن الدار قطني (٤/ ٢٤٢) رقم الأثر ١٤٠ ، وذكر هذا الأثر البيهقي في السنن الكبرى تحت باب " ما جاء في الافتداء عن اليمين ومن رخص فيها إذا كان محقا(١٧٩/١٠) رقم الأثر ٢٠٥٠٢ .

3 - الدار قطني : سنن الدار قطني (٤/ ٢٤٢) رقم الأثر ١٤٠.

4 - وذكر الزيلعي في نصب الراية : قال : (ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة فهو جائز) ثم ذكر مجموعة من الأثر تدل على هذا الأمر ، وأيضا وذكر الأثرين السابقين وحكم عليهما بالصحة . الزيلعي : نصب الراية (٤/ ١٣٠) .

المبحث الثالث

الإقرار

ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف الإقرار .

المطلب الثاني : الإقرار في القضاء العرفي .

المطلب الثالث : مقارنة بين الإقرار في القضاء العرفي والإقرار في القضاء الشرعي.

المطلب الأول

الإقرار

أولا : الإقرار لغة :

مأخوذ من قر بمعنى ثبت ،و قر الشيء أي يقر قرارا إذا ثبت ، ومقر الشيء الموضع الذي يقر فيه وأقره في مكان فاستقر ، وأقر بالحق اعترف به ، وقرره غيره بالحق حتى أقر به أي حمله على الاعتراف به، وتقرر الأمر أي استقر وثبت[1].

ثانيا: الإقرار اصطلاحا:

عرف الفقهاء الإقرار في الاصطلاح بتعريفات كثيرة إلا أن هذه التعريفات تدور في حقيقتها حول مفهوم واحد ، وهو الاعتراف بحق عليه للآخر .

وسأذكر بعض هذه التعاريف للبيان :

– عرَّفَ ابن الهمام و ابن نجيم الإقرار بأنه " إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه"[٢].

– وعرَّفَ الدسوقي الإقرار بأنه "خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه"[٣].

– وعرَّفَ الرملي الإقرار بأنه " إخبار عن حق سابق على المخبر "[٤] .

– وعرَّفَ البهوتي الإقرار بأنه "هو إظهار مكلف مختار ما عليه لفظا أو كتابة أو إشارة أخرس أو على موكله أو موليه أو موروثه بما يمكن صدقه "[٥].

وبعد ذكر التعريفات نجدها تقريبا تدور حول معنى واحد ، وسأكتفي بشرح التعريف الأول للبيان.

الإقرار هو : إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه[٦].

فكلمة (إخبار) : تدل على فعل ماضي ، مثل (له علي) ليثبت الملك بهذه اللفظة لأنها إخبار ، وقيد أخرج به الإنشاء ،فإنه يقول في الإنشاء بعت واقترضت وسيكون له على ، وهذه الجمل الإنشائية لا يثبت بها الإقرار .

وذكر كلمة**(بحق للغير على نفسه)** قيده بأن يكون الحق عليه ، وقيد اخرج به الدعوى فهي حق له على غيره ، خرجت بها الشهادة لأنها حق غيره على غيره هذا إذا كان خاصا ، فإن اقتضى شيئا عاما فإن كان عن أمر محسوس فهو الرواية وإن كان عن حكم شرعي فهو الفتوى[٧] .

---

[1] - الفراهيدي: العين(٢١/٥) ، الرازي: مختار الصحاح (٢٤٥)، ابن منظور: لسان العرب (٨٢/٥)، الفيومي: المصباح المنير (٢٩٥)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٥٩٢) ،.

[2] - ابن الهمام : :شرح فتح القدير (٣١٧/٨) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٢٤٩/٧) .

[3] - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٣٩٧/٣) .

[4] - الرملي : نهاية المحتاج (٦٤/٥) .

[5] - البهوتي : كشف القناع (٤٥٦/٤) .

[6] - ابن الهمام : :شرح فتح القدير (٣١٧/٨) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٢٤٧/٧) .

[7] - ابن الهمام : :شرح فتح القدير (٣١٧/٨) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٢٤٧/٧) .

الإقرار في الاصطلاح العرفي :

لا يخرج عن المعنى الشرعي من حيث حقيقته ولكن ثمة إجراءات عرفية تتعلق بالإقرار سنبينها في المطالب التالية ثم نقارنها بالشريعة .

المطلب الثاني

الإقرار في القضاء العرفي

بعد البحث مع القضاة العرفيين في القطاع لم نجد للإقرار تفصيلات كثيرة في القضاء العرفي سوى أنه حجة في إصدار الأحكام على صاحب الغرم .

غير أننا وجدنا عدة مسائل تتعلق بقضايا الإقرار في القضاء العرفي تحتاج إلى بيان وتوضيح.

الأولى : الإقرار حجة في ثبوت الحق على المقر .

يعتبر القضاء العرفي الإقرار حجة قاطعة وأنه سيد الأدلة وليس بعد الإقوار حجة ، وبناء عليه يحكمون في القضية .

الثانية: الإقرار حجة متعدية في القضاء العرفي :

أن صاحب الغرم إذا اعترف على شخص في قضية ما ، " كان لامناص من أن دائرة الإتهام تدور حوله ،وعليه عبئ إثبات براءته أو أن تثبت التهمة عليه بإقرار الجاني عليه.

ولنضرب مثالا واحدا ، وليكن مثال السرقة .

إذا اعترف الجاني على أن فلان سرق معه فإن أصحاب الحق يرسلون البدوة على المتهم ، فإذا وصلت البدوة إلى هذا المتهم ، فإن هذا الرجل يرسل مع البدوة طالبا من أصحاب الحق أن يجبروا الجاني الذي اتهمه في الديوان ، فإذا جلسوا في ديوان فإن عبئ الإثبات يكون على الجاني أو على المتهم ، فالمتهم عليه عبئ إثبات براءته ، فإن أثبت براءته فعلى الجاني إعطاءه الحق لتهمته إياه .

وقد تكون على الجاني بأن يثبت أن فلان سرق معه ويأتي بالأدلة وعلى ذلك تثبت التهمة عليه[1] .

الثالثة : أنواع الإقرار وحكم الأخذ بكل نوع.

- **اعتراف أمام سمع وجمع :** اعتراف أمام مجموعة من الناس أو يكون في مجلس أو في ديوان ويسمى اعتراف (أمام سمع وجمع) ويقولون عنه (إقرار ما بعده إنكار) وهو ملزم في القضاء العرفي.
- **اعتراف للافتخار :** اعتراف يكون للمفاخرة ويكون أمام أقربائه أو أمام أصدقائه وهذا لا يلزمه إلا إذا أثبته الخصم بأن يأتي عليه بشهود ، أو أن يطلب من المعترف حلف يمين على انه لم يقر أمام أقربائه أو أصدقائه .
- **اعتراف أثناء عملية التقاضي :** اعتراف في الديوان أثناء عملية التقاضي وسؤال القاضي له أو مجادلته مع الخصم ، فهذا لا يمكن الرجوع عنه وهو ملزم للشخص .

---

[1] - مقابلات مع بعض رجال العرف .

وعندها يقول الخصم للقاضي (معك الشهادة والوداعة)[١] فيكون الإقرار ملزما للمقر .

- **الاعترافات الضمنية ولها صور :**

(١) دفع (قاعود النوم) أو (نقل جيرة)[٢] يدل على الاعتراف الضمني بأن أفراد العائلة قاموا بارتكاب الجريمة ، فإذا أتُهمت عائلة بالقتل ، وقامت هذه العائلة بدفع ما يسمى(نقل الجيرة) فهذا اعتراف ضمني منهم بارتكاب هذه الجريمة ، أو قام أفراد بدفع ما يسمى(قاعود النوم) فهذا أيضا اعتراف ضمني منهم بارتكاب هذه الجريمة و القضاء العرفي يعتبر ذلك أقرارا منهم بالجريمة

(٢)رحيل العائلة بعد مقتل شخص يدل أن أحد أفراد العائلة ارتكب الجرم .

فإذا قُتل شخص من عائلة ولم يعرف له قاتل ، وقامت عائلة ما بالرحيل ، فإن الرحيل يدل على الاعتراف الضمني بالقتل ، وأما إن اتهمت العائلة بالقتل وقامت هذه العائلة بالرحيل فهذا الأمر لا يعتبر إقرارا منهم بالجريمة وذلك ربما رحلت خوف من ما يسمى(ثورة الدم) .

(٣) التفاوض بين عائلتين على الصلح جراء قضية قتل مثلا أو أي قضية أخرى يدل على الاعتراف الضمني بأن هذه العائلة ارتكبت تلك الجريمة وإلا لما تفاوضت مع تلك العائلة على الصلح[٣] .

الرابعة: الرجوع عن الإقرار .

إذا اعترف شخص على فعل ما ،فإن هذا الاعتراف يكون ملزما ولا يمكن الرجوع عنه بحال من الأحوال إلا أن يقيم الدلائل على كذب اعترافه .

والدلائل تختلف بإختلاف القضايا ، فمثلا في قضايا الأموال يمكن أن يقول (إني كاذب فيما قلت) أو كنت مازحا في كلامي ، فهذا دليل على عدم صحة إقراره ويقبل القضاء العرفي رجوعه عن اقراره.

أما قضايا العرض كالزنا مثلا ، كأن يقول زنيت بفلانة ، فهذه القضية من الصعوبة بمكان التخلص منها حتى ولو أقام كل الدلائل على كذب إقراره ، فإنه سوف يخضع للعقوبة الصارمة في القضاء العرفي، وعندها إن سلم برجوعه عن اقراره ، يحاسب في العرف على تشهيره بالعرض[٤] .

أما الرجوع عن الإقرار بالقتل ، فلا يقبل في القضاء العرفي ،فيعتبره القاتل أو أنه متستر على القاتل ، فلا يقبل منه أي بينة على كذب دعواه إلا إذا ظهر القاتل الحقيقي [٥،٦].

---

1 - أي أنت شاهد على هذا القول ، وهذه الشهادة مودعة عندك .

2 - سيأتي تفسير معانيها وبيان الحكم الشرعي فيها في فصل (الأحكام العرفية لأهم القضايا في المجتمع) .

3 - مقابلات مع بعض رجال العرف .

4 - يخضع لعقوبة المنشد .

5 - الحقيقة أن الأمر ليس محصور في هذه الدلائل فقط ، فأي دليل يقنع الطرف الآخر فيأخذ به في العرف ، .

6 - مقابلات مع بعض رجال العرف .

المطلب الثالث

مقارنة بين الإقرار في القضاء العرفي والإقرار في القضاء الشرعي

من خلال التعرف على الإقرار في العرف تناولت النقاط التالية :

- الإقرار حجة على المقر وملزم له وهو سيد الأدلة .
- الإقرار في العرف صريح وضمني .
- الإقرار حجة متعدية .
- الرجوع عن الإقرار .

وبعقد مقارنة بين العرف والشرع حول هذه النقاط يتبين لنا ما يلي :

أولا : الإقرار حجة ملزمة على المقر .

– **في القضاء العرفي :** يعتبر الإقرار حجة ملزمة على المقر ، وهو من الأدلة التي تفصل في أي قضية كانت وسواء أكان هذا الإقرار صريح أم كان ضمني .

– **في القضاء الشرعي : أيضا يعتبر الإقرار حجة ملزمة ، بأدلة كثيرة نذكر منه :**

* **من القرآن** : قال تعالى : **(**وَإِذْ أَخَذَ اللّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّيْنَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُواْ أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُواْ وَأَنَاْ مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ**)**[1].

في هذه الآية طلب الله من النبيين الإقرار ليدل على أن الإقرار حجة[٢].

***من السنة :**عن أبي هريرة قال "أتى رجل من أسلم رسول الله r وهو في المسجد فناداه فقال يا رسول الله إن الآخر قد زنى يعني نفسه فأعرض عنه فتنحى لشق وجهه الذي أعرض قبله فقال يا رسول الله إن الآخر قد زنى فأعرض عنه فتنحى لشق وجهه الذي أعرض قبله فقال له ذلك فأعرض عنه فتنحى له الرابعة فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه فقال هل بك جنون ، قال لا فقال النبي r اذهبوا به فارجموه" [٣].

وهذا يدل على أن الإقرار حجة شرعية ، فإذا كان الإقرار حجة في الحدود التي تندرئ بالشبهات كان أيضا دليل على أنه حجة فيما لا يندرئ بالشبهات بالطريق الأولى[٤].

* **من الإجماع :** إن الأمة أجمعت على صحة الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان آكد من الشهادة فإن المدعى عليه إذا اعترف لا

---

[1] - سورة آل عمران : الآية (٨١) .

[2] - السرخسي : المبسوط (١٨/١٨٥) ، ابن قدامة : المغني (٥/٢٧١) ، النووي : المجموع(٢٠/٢٨٨) .

[3] - البخاري : الجامع الصحيح (٧/ ٤٦) رقم الحديث ٥٢٧١ .

[4] - السرخسي : المبسوط (١٨/١٨٥) ، ابن قدامة: المغني (١٠/١٦٠) .

تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر ولو كذب المدعي بينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع[1].

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلي :

اتفاق القضاء العرفي مع القضاء الشرعي في اعتبار الإقرار حجة ملزمة ، وهو محل فصل في أي قضية كانت .

ثانيا : الإقرار في العرف صريح وضمني :

الإقرار في القضاء العرفي :

صريح : مثل اقر أو اعترف أو أي كلمة تدل على الاعتراف مثل (سويت)[2] أو (صار)[3] أو غيرها من الكلمات العامية.

ضمني(دلالة) : مثل الرحيل ، التفاوض على قضية ، دفع نقل الجيرة [4] .

والإقرار في العرف بنوعيه الصريح والضمني ملزم ويترتب عليه أحكام .

الإقرار في القضاء الشرعي :

صريح :كأن يقول لفلان علي ألف دينارا ، أو قال لغيره لي عليك ألف دينارا فقال نعم .

ضمني(دلالة) : كأن يقول لغيره لي عليك ألف دينارا فأجاب أجلني بها أو زنها[5].

والإقرار في الشرع بنوعيه الصريح والضمني ملزم أيضا[6].

أما السكوت : فقد قال الفقهاء انه "لا ينسب إلى ساكت قول "[7] ، ولكن هذا الأمر ليس على إطلاقه فقد استثني منه كثير من المسائل[8] ، وأحسن ما قيل في هذه المسألة" لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"[9]، أي أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان ، وذلك كما إذا رأيت أحدا يتصرف في مالك تصرف المالك بلا إذن منك ،وسكت بلا عذر يعد ذلك إقرارا منك بأنك غير مالك له ، وعلى هذا يكون السكوت في معرض الحاجة من الإقرار الضمني[10].

---

1 - ابن قدامة: المغني (٢٧١/٥) ، ابن حزم : مراتب الإجماع(٥٦).
2 - أي فعلت .
3 - عندما يسأل هل صار منك الفعل الفلاني فيجيب صار (أي فعلت) .
4 - انظر أنواع الاعترافات في العرف .
5 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر "حنفي " (٢٥٥) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٢٧١/٧) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٥٤/٢) ، الحطاب : مواهب الجليل (٢٢٧/٧) ، الرملي: نهاية المحتاج (٧٦/٥) ، البهوتي : كشف القناع(٤٦٥/٦).
6 - نفس المصادر .
7 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر "حنفي " (١٥٤) ، السيوطي : الأشباه والنظائر(شافعي) (٣١٩/١) .
8 - فقد ذكر ابن نجيم سبع وثلاثين مسألة تخرج عن هذه القاعدة وهي على سبيل الذكر لا على سبل الحصر ابن نجيم : الأشباه والنظائر "حنفي " (١٥٤- ١٥٦) .
9 - على حيدر : درر الحكام (٥٩/١) .
10 - نفس المصدر .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلي :

يتفق القضاء العرفي مع القضاء الشرعي على أن الإقرار الصريح حجة ، أما الإقرار الضمني فهو حجة أيضا ، ولكن اختلفوا في نوعية الإقرار الضمني ، فالرحيل في القضاء العرفي يعد من الإقرار الضمني على القتل ، بينما في القضاء الشرعي لا يعد الرحيل من الإقرار وذالك :

- عندما ذكر العلماء صيغ الإقرار الضمني لم يذكروا أن الرحيل من ضمنها[١].
- الرحيل يعتريه الشك ، ربما لخبر وصل إلى أسماعهم أن القاتل منهم فرحلوا خوفا من (ثورة الدم)[٢] ، والشك لا يثبت به قضية.
- لا يعتبر الرحيل من السكوت في معرض الحاجة ، فلا يعتبر من الإقرار الضمني .

ولكن إذا قرروا وسكتوا في معرض الحاجة يكون إقرارا منهم على الفعل .

أما التفاوض على قضية والصلح عليها[٣] ، ودفع نقل الجيرة فهي من الإقرار الضمني في العرف ، وأيضافي القضاء الشرعي قد تعد من الإقرار الضمني لأن هذا الفعل يدل على الإقرار .

ثالثا : الإقرار حجة متعدية :

- في القضاء العرفي الإقرار حجة متعدية إلى الغير.
- أما الإقرار في القضاء الشرعي فهو حجة قاصرة .

فقد ذكرت المجلة " البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة"[٤] ، والعلة في قصور الإقرار على المقر لعدم ولايته على غيره[٥] .

ولأن النبي **r** لم يسال ماعز في من زنيت فاقتصر الإقرار على ذات الشخص الذي اعترف بالجريمة فقط[٦] .

أما أن اقر المقر على شخص ما ، فإن اعترف ذلك الشخص بالجريمة فإنه يؤخذ بالإقرار على نفسه ،لا باعتراف الشخص الأول كما دل عليه حديث أنيس السابق فانه علق الرجم على اعتراف المرأة لا على اعتراف الزاني، فقال **r** **(** فإن اعترفت فارجمها **)**[٧].

وعلى هذا فهناك اختلاف بين القضاء الشرعي وبين القضاء العرفي.

---

1 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر "حنفي " (٢٥٥) ، ابن نجيم : البحر الرائق (٢٧١/٧) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٥٤/٢) ، الحطاب : مواهب الجليل (٢٢٧/٧) ، الرملي: نهاية المحتاج (٧٦/٥) ، البهوتي : كشف القناع (٤٦٥/٦).

2 - سيأتي تفسير معانيها وبيان الحكم الشرعي فيها في فصل (الأحكام العرفية لأهم القضايا في المجتمع) .

3 - قد يكون الصلح على إنكار وقد ذهب إلى جوازه جمهور العلماء خلاف للشافعية انظر : الكسائي :بدائع الصنائع (٤٠/٦) ، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٣٠٩/٣)، الشربيني : مغني المحتاج (٢/ ١٨٠) ،ابن قدامة: المغني (١٣/٥) ، البهوتي : الروض المربع (٢/ ٢٠٢) .

4 - الباز : شرح المجلة (٥٢) .

5 - الحصكفي : الدر المختار (١٧٨/٥) .

6 - البخاري : الجامع الصحيح (٧/ ٤٦) رقم الحديث ٥٢٧١ .

7 - البخاري : الجامع الصحيح (٣/ ١٠٢) رقم الحديث ٢٣١٤ ، الإمام مسلم : صحيح مسلم(٣/ ١٣٢٤) رقم الحديث ١٦٩٧.

فالإقرار في القضاء الشرعي لا يتعدى إلى غير الشخص المقر، حتى لو أن المقر اعترف على أي شخص فان ذلك الشخص يسأل فان اقر فإنه يؤخذ بإقراره ولا يجب أن يبرئ نفسه أمام هذه التهمة

أما في القضاء العرفي: فان الإقرار يتعدى إلى الغير فإن استطاع أن يبرئ نفسه فذاك، وإلا فان التهمة التصقت به.

وعلى ذلك فان ما يفعله القضاة العرفيون من جعل الإقرار حجة متعدية مخالف لما هو مقرر في الشريعة، ويصدق عليه حديث عائشة رضي الله عنها قالت :قال رسول الله **r** (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)[1].

رابعا : الرجوع عن الإقرار:

- في القضاء العرفي لا يجوز له الرجوع عن الإقرار إلا أن يثبت بالأدلة عكس ما يقول .
- أما في القضاء الشرعي فإنه يفرق بين نوعين من الإقرار.

الأول : حقوق العباد : فهذا النوع من الإقرار لا يجوز الرجوع فيه بعد ثبوته ، إلا إذا كذبه المقر له[٢].

الثاني : حقوق الله فقد قسمها الفقهاء إلى نوعين:

- **الأول:** ما كان خالصا لله كحد الزنا فهذا يقبل فيه الرجوع عن الإقرار لأنه يحتمل أن يكون صادقا في الإنكار فيكون كاذبا في الإقرار ضرورة فيورث شبهةوالحدود تدرأ بالشبهات .
- **الثاني :** حقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات[٣] كالزكاة والكفارات والقصاص فلا يقبل رجوعه عنها ولأنها تعلق بها حق للعبد[٤]، يقول ابن قدامة ولا نعلم في هذا خلافا[٥] .

وعليه فإن مبطلات الإقرار تكذيب المقر له إذا كان الإقرار يتعلق بحقوق العباد أو الذي لا يندرئ بالشبهة ، أو رجوع المقر عن إقراره في القضايا التي يكون فيها حق الله خالص[٦].

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلي :

- إن القضاء العرفي يقبل الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد بأي دليل كان يدل على ذلك .
- أما في القضاء الشرعي لا يجوز الرجوع فيه بعد ثبوته سواء أكان في حقوق العباد أو في الحقوق التي لا تندرئ بالشبهات ، إلا أن يكذبه المقر له .

---

[1] - البخاري: الجامع الصحيح (٣ / ١٨٤) رقم الحديث ٢٦٩٧، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٤٣/٣) رقم الحديث ١٧١٨.

[2] - السرخسي: المبسوط(١٨٥/١٧) ، الكاسائى : بدائع الصنائع (٣٤٣/٧) ، ابن فرحون :تبصرة الحكام (٥٤/٢) ،الشيرازي:المهذب(٣٤٣/٢) ، ابن قدامة: المغني (٢٨٨/٥) .

[3] - وذلك لأن حق العبد فيها مغلب .

[4] - نفس المصادر .

[5] - ابن قدامة: المغني (٢٨٨/٥) .

[6] - السرخسي: المبسوط(١٨٥/١٧) ، الكاسائى : بدائع الصنائع (٣٤٣/٧) ، ابن فرحون :تبصرة الحكام (٥٤/٢) ،الشيرازي:المهذب(٣٤٣/٢) ، ابن قدامة: المغني (٢٨٨/٥) .

وبذلك يختلف القضاء العرفي مع القضاء الشرعي في هذه النقطة .

– القضاء العرفي لا يقبل الرجوع فيما كان خالصا لله ، أما في القضاء الشرعي فإنه يقبل الرجوع عن الإقرار .

المبحث الثالث

القرائن

ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف القرائن

المطلب الثاني : القرائن في القضاء العرفي

المطلب الثالث : مقارنة بين القرائن في العرف والقرائن في الشرع

المطلب الأول

تعريف القرائن

أولا :القرائن لغة: جمع قرينة وهي مأخوذة من مادة قرن وقد جاءت بعدة معاني نذكر منها .

- الجمع :قرن الشئ بالشئ: أي جمع، ومنه قرن الحج بالعمرة أي جمع بينهما.
- الوصل :قرن الشئ إلى الشئ: وصله، وشده إليه.
- التضييق : اقرن على غرميه: أي ضيق.
- الأقرن من الخراف: ماله قرنان حسنان.
- والقرون :قد تأتي بمعنى الضفيرة من الشعر، ومن القوم سيدهم ، ومن الزمان مئة سنة ، وفي الناس أهل زمان واحد.
- القرن: المثل ، يقال: هو قرنه في السن: أي مثله.
- القرين: الصاحب أو الزوجة[١].

والمطلوب من هذه المعاني هو المعنى الأخير آلا وهو المصاحبة .

ثانيا : القرينة اصطلاحا :

عرف الفقهاء القرينة في الاصطلاح بتعريفات عدة إلا أن هذه التعريفات تدور في حقيقتها حول معنى واحد ، آلا وهو أن القرينة أمر يرشد ويدل على المطلوب .

وسأذكر بعض هذه التعاريف للبيان :

- عرَّفَ الجرجاني القرينة بأنها " أمر يشير إلى المطلوب"[٢].
- وعرَّفَ الزرقا القرينة بأنها " كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه"[٣] .
- وعرَّفَت الموسوعة الفقهية القرينة بأنها "ما يدل على المراد من غير كونه صريحا"[٤] .

وبعد ذكر التعريفات نجدها تقريبا تدور حول معنى واحد ، وسأشرح تعريفا واحدا مبينا ذلك .

فالقرينة : هي أمر يشير إلى المطلوب[٥] .

فكلمة(أمر) : تشمل جميع القرائن سواء أكانت اللغوية أم كانت القرائن القضائية .

وكلمة **(ويشير إلى المطلوب)** : وذلك إذا اجتمعت القرينة مع أمر ما دلت على المطلوب فمثلا إن المطلوب من الألفاظ هو تحديد المعنى فتأتي القرينة فتدل المجتهد إلى المعنى المطلوب ، كما تأتي

---

[1] - الفراهيدي: العين(١٤١/٥) ، الرازي: مختار الصحاح (٢٤٦)، ابن منظور : لسان العرب (٣٣١/١٣)، الفيومي: المصباح المنير (١٩٧) ، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٥٨٠) ، الزبيدى:تاج العروس (٨١٣٦).

[2] - الجرجاني : التعريفات (٢٢٣) .

[3] - الزرقا : المدخل الفقهي العام (٩١٨/٢) .

[4] - الموسوعة الفقهية (١٥٦/٣٣) .

[5] - هو ما أشار إليه الجرجاني ، الجرجاني : التعريفات (٢٢٣) .

القرائن القضائية فترشد القاضي إلى المطلوب ، ومن خلالها تساعده على الأقل في فهم وقائع الحادثة التي يراد إعطاء الحكم فيها .

القرينة في الاصطلاح العرفي :

لا تختلف حقيقة **القرينة** في الاصطلاح العرفي عنها في الاصطلاح الشرعي ،ف **القرينة** في الاصطلاح أمر يشير إلى المطلوب ، وهي كذلك في العرف ، ولكن ثمة بعض التفاصيل المتعلقة في العرف لابد من ذكرها ليتضح لنا بعد ذلك وجه الفرق بين القرينة شرعا وعرفا وهذا ما سنبينه في المطلبين الثاني والثالث .

المطلب الثاني

القرائن في القضاء العرفي

تعتبر القرائن من الأدلة المعتبرة في القضاء العرفي ، والذي يبني عليها القضاء العرفي حكمه ، وعند البحث مع القضاة العرفيين تبن لنا ما يأتي :

عند الإختلاف على قضية ما ، فيقدم أحد أطراف الخصومة قرينة ما لإثبات صحة ما يقوله مثل (كلام مكتوب بخط يده أو تقرير شرطة) ، أو يحيله إلى قرينة(البشعة) ، وهذه القرينة إما أن تخضع للتحقيق للتأكد من صحة هذه القرينة أو أنها لا تخضع للتحقيق وتكون هي بحد ذاتها قرينة قاطعة .

وعند البحث مع القضاة العرفيين وجد أن هناك قرائن كانت معمولاً بها في السابق مثل (البشعة – قص الأثر – الوسم) وقرائن حديثة أخذت تُعرض على القضاة العرفيين مثل(الخطوط[1] – تقارير الشرطة)[2] ، وعند سؤالهم عن القرائن الحديثة مثل (التصوير – تحليل الدم– البصمات) على فرض وجودها أو عرضها عليهم في إثبات قضية هل يُعمل بها أم لا فكان الجواب " إمكان الأخذ بها " لكن بشرط أن تخضع للتحقيق للتأكد من صحتها "[3].

والتأكد من صحة القرائن يكون بأحد الأمور التالية :

١. حلف اليمين.
٢. أهل الخبرة .
٣. الشهادة .

ومما تقدم يمكن أن تقسم القرائن إلى ما يأتي[4]:

قرائن قديمة : مثل (البشعة – قص الأثر – الوسم) .

القرائن الحديثة : مثل (التصوير – تحليل الدم – البصمات – الخطوط – تقارير الشرطة) .

ومن حيث الدلالة :

قرائن قطعية : وهي التي لا تخضع للتحقيق مثل قرينة (البشعة).

قرائن ظنية : وهي التي تخضع للتحقيق وتتمثل بباقي القرائن .

مبدأ الأخذ بالقرائن :

أولا : القرينة التي لا تحتاج إلى تحقيق (البشعة) .

فالبشعة معمول بها حتى الآن وإن لم يوجد (المُبشع) في القطاع وإنما يذهبون إليه في سيناء .

---

[1] - مثل كتابة العقود .
[2] - مثل اعتراف الجاني في مقر الشرطة .
[3] - مقابلات مع بعض رجال العرف .
[4] - هذا التقسيم استنبط أثناء البحث مع القضاة العرفيين.

وسنتعرض إلى كيفية العمل بالبشعة :

- البشعة :لغة : مأخوذ من مادة بشع .

فالبشع: طعم كريه فيه حفوف ومرارة ،ورجل بشع الفم وامرأة بشعة الفم، إذا كان رائحة فمهما كريهة لا يتخللان ولا يستاكان. والمصدر البشع والبشاع ، ورجل بشع الخلق، إذا كان سيئ العشرة والخلق. ورجل بشع المنظر، إذا كان دميما[١].

- البشعة :اصطلاحا :

ليس في قاموس الفقهاء ما يسمى بالبشعة أما في العرف فهي محكمة عرفية يتم فيها إثبات أو نفي تهمة معينة موجهة إلى طرف إلى طرف آخر ، وذلك عن طريق لعق المتهم قطعة حديدية تتوهج حرارة [٢].

وهذا الأمر قريب من المعنى اللغوي فمن خرج مدان كان بشعا ، أي بشع الخلق والعشرة وهذا هو المعنى اللغوي .

- صورة البشعة :

تقوم دعوى البشعة على المتهم سواء من قبل المدعي أو من قبل القاضي أو أن يطلبها المتهم نفسه يطلبها ليبرئ نفسه من التهمة ويكون حسب نوعية القضية ، وغالبا ما تكون في القضايا الخطرة كالقتل أو العرض أو ما شابه ذلك .

يقوم أطراف الدعوى من تحديد (سامعة)[٣] للذهاب إلى المبشع في سينا وتكون أجرة السامعة على الطرفين ليتحملها (المغر) [٤] منهما بعد ذلك .

وعند الوصول يحدد يوما للبشعة ، فيقوم المبشع في اليوم المحدد بإشعال النار ووضع عليها حديدة محماة وقبل أن يضع هذه الحدية على لسان المتهم يقوم بتفقد لسان المتهم من الجروح أو غير ذلك ، فإن لم يجد ،يأمر المتهم بلحس النار ثلاث مرات ثم يأمره بإغلاق فمه ثم ينتظر مدة بسيطة مع الدعاء ثم يأمر المتهم بفتح فمه فإن ظهرت عليه آثار الحرق كان متهما وان لم تظهر عليه آثار الحرق كان بريئا[٥] .

وعند البحث مع القضاة تبين ما يلي :

- البشعة بمثابة محكمة نهائية لا تقبل النقض ولا الإستئناف ، لا تخضع للتحقيق لصحتها فهي قرينة قطعية على الإدانة .

---

1 - الفراهيدي: العين(٢٦٦/١)، الرازي: مختار الصحاح (٤٦)، ابن منظور : لسان العرب (١١/٨) ،الفيومي: المصباح المنير (٣٥) ، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٩٠٨)، الزبيدى:تاج العروس (٥١٠٠).

2 - الباحث والكاتب في مجلة (البادية اليوم) جهاد أبو غرابة النصيري .

3 - هو الشاهد الذي يسافر لسماع الحق ولمعرفة الحق لينقل بعد ذلك الخبر لإطراف الدعوى ، ويشترط فيهم أن يكونوا أتقياء .

4 - الكذاب أو صاحب الجرم .

5 - انظر التفصيل: عارف العارف : القضاء عند البدو (٩٥) .

– قضايا البشعة هي قضايا المنكورة والتي ليس عليها شهود مثل قضايا القتل والسرقة .

– البشعة محصورة في عائلات محصورة[1] .

– طبيعة (المُبشع) رجل ذا فراسة وذكاء بحيث يتلمس حركات الجاني نفسيته ، وعندما يجلس المتهم يظل(المُبشع) يحدق به ، ثم يحذره من أن النار لا تحرق إلا الجاني .

– كثيرا ما يعترف الجاني قبل عملية (البشعة) من هول الموقف والخوف من حرق النار له .

– الحقيقة أن دور البشعة لها الدور الأكبر في حل كثير من القضايا لما تمثل من مصداقية الكشف عن الجاني في نظرهم ، ولا نعلم من أين جاءت مصداقية (البشعة) ، والحقيقة أن التفسيرات قد كثرت في كيفية معرفة (البشعة) الجاني[2] ، وبعد الجلوس مع بعض الباحثين[3] الذين التقوا مع(المُبشع) [4] تبين أن المبشع بعد أن يحمي(الحديدة) يقرأ بعض التعاويذ والطلاسم والتراتيل قبل وأثناء البشعة ، وأن هذه التعاويذ قد أُخذت من الآباء الأولين ، ومنهم من يعرف بطريقة (الكشف الرباني)[5] أي يعرف الجاني بطريق الإلهام الرباني .

ثانيا : القرينة التي تخضع إلى تحقيق لمعرفة صدقها :

وهي تمثل باقي القرائن على حد علمي ونتيجة البحث مع القضاة العرفين وبعض الباحثين .

عندما يستدل أحد الخصوم بقرينة على صدق قوله وكانت هذه القرينة تحتاج إلى تحقيق لإثبات صدقها ، فإن عليه أن يأتي بما يثبت صحة القرينة ونضرب بعض الأمثلة على ذلك :

مثال على الخطوط : كأن تكون دليل الإثبات ورقة مكتوبة بخط الخصم ، فيوجه إليه السؤال هل هذه بخط يدك أم لا ، فإن اعترف كان بها ، وإلا فيرجع إلى الشهود الذين شهود على هذه الكتابة ، وان لم يكن شهود هناك يُرجع إلى أصحاب الخبرة إن وُجد ، وهم الذين يحسمون القضية ، أو أن يحلف الخصم بأنه لا يعرف هذه الكتابة فإن حلف انتهت القضية إن لم يحلف جُرم .

مثال على (قص الأثر) : فمن وجد الأثر داخل على بيته وكان الأثر له فإما أن يعترف على القضية وإما أن يبرر وجود أثره في مكان الواقعة بأدلة تكون مقنعة للآخر ، إن كان الأثر ليس له إما أن يدل على الفاعل أو أن يعتبر متستر على الفاعل وبالتالي يجلس للمحاسبة .

مثال على تقارير الشرطة : كثيرا ما تحيل المحاكم النظامية للقضاء العرفي كثير من القضايا ، ويقدم تفاصيل القضية للقضاة العرفيين ، وكثيرا ما يتم إنكار هذه التفاصيل بحجة الإكراه ،أي أنه اعترف

---

[1] - عائلة الدبور من قبلية الحويطات في العقبة وقد انتهت سنة ١٩٧٦ ، عائلة أبو عويمر من قبيلة العيادي في سينا وهي موجودة حتى اليوم فيهم ، وعائلة البلي من قبيلة من قبيلة (بلي) في الحجاز .الباحث والكاتب في مجلة (البادية اليوم) جهاد أبو غرابة النصيري ، عارف العارف : القضاء عند البدو (٩٥) .

[2] - طبيعة المتهم لها الأثر الكبير في كشف هوية الجاني ، وذلك إذا كان الشخص متهم وهو بريء فإنه يقدم على لحس النار لعلمه أن النار لا تحرق المتهم ، أما الجاني الحقيقي فتجده خائف لعلمه بأن النار سوف تحرقه ، وكل ذلك الخوف وجد من الموروث الثقافي لما في البشعة من تأثير في قلوب الناس .

[3] - الباحث والكاتب في مجلة (البادية اليوم) جهاد أبو غرابة النصيري .

[4] - لقاء مع عويمر أبو عمر العيادي الذي أجراه الباحث والكاتب في مجلة (البادية اليوم) جهاد أبو غرابة النصيري

[5] - كما في الطرق الصوفية .

تحت تأثير الضرب مثلا ، فإن أثبت ذلك لم يُؤخذ بتقارير الشرطة[١] ، وإن اعترف بمحض إرادته أخذ بتقارير الشرطة[٢] .

[1] - كأن يكون المحققون أقرباء أو أصدقاء الخصم وقاموا بالضرب المبرح عليه ،فأعترف .
[2] - مقابلات مع بعض رجال العرف .

المطلب الثالث

مقارنة بين القرائن في العرف والقرائن في الشرع

من خلال التعرف على القرائن في العرف تبين لنا انه يتعلق به النقاط التالية :

- القرائن حجة في العرف سواء كانت قطعية ، أو ظنية بعد إثباتها .
- قرينة البشعة في العرف حجة قاطعة.

وسنعمل عمل على توضيح ذلك على النحو التالي :

أولا : مما تقدم تبين لنا أن القرائن حجة في القضاء العرفي سواء أكانت قطعية **(**كالبشعة**)**أو ظنية والتي تحتاج إلى إثبات صحتها ،وعليه فإن القرائن تعتبر حجة في العرف .

أما القرائن في القضاء الشرعي فهي مسألة خلافية بين الفقهاء :

المذهب الأول: القائلون بحجية القرائن .

ذهب كثير من الفقهاء إلى الأخذ بالقرائن نذكر منهم :

ابن القيم الجوزية[١] ، **ابن تيمية**[٢] ،**الطرابلسي**[٣] ، **ابن فرحون**[٤] ، **على حيدر**[٥].

أدلة هذا المذهب :

أولا : من الكتاب : ذكروا أدلة كثير نذكر منها .

١.قال تعالى :**(** وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ #وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِن الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ # **)**[6] .

---

[1] - **ابن القيم الجوزية** : الطرق الحكمية :ذكر في صفحة (٩) ما نصه " أما بعد فقد سألني أخي عن الحاكم أو الوالي يحكم بالفراسة والقرائن التي يظهر له فيها الحق والاستدلال بالأمارات ولا يقف مع مجرد ظواهر البينات والإقرار حتى إنه ربما يتهدد أحد الخصمين إذا ظهر منه أنه مبطل وربما ضربه وربما سأله عن أشياء تدله على صورة الحال فهذل ذلك صواب أم خطأ ......فهذه مسألة كبيرة ، عظيمة النفع ، جليلة القدر ، إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقا كثيرا".

[2] - **ابن تيمية** : السياسة الشرعية : ذكر في صفحة (١٣٣) ما نصه "واختلفوا في المرأة إذا وجدت حبلى ولم يكن لها زوج ولا سيد ولم تدع شبهة في الحبل ففيها قولان في مذهب أحمد قيل : لا حد لها لأنه يجوز أن تكون حبلت مكرهة أو بتحمل بوطء شبهة وقيل بل تحد وهذا هو المأثور عن الخلفاء الراشدين وهو الأشبه بأصول الشريعة وهو مذهب أهل المدينة فإن الاحتمالات النادرة لا يلتفت إليها كاحتمال كذبها وكذب الشهود " .

[3] - **الطرابلسي** : معين الحكام : ذكر في صفحة (٦) ما نصه " الباب الحادي والخمسون : في القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات وحكم الفراسة ، والدليل على ذلك من الكتاب والسنة وعمل سلف الأمة" .

[4] - ابن فرجون :تبصرة الحكام : ذكر في صفحة (١١٩/٢) ما نصه" فمتى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عمل بها" .

[5] - **علي حيدر** : درر الحكام : ذكر في صفحة (٤٨٥/٤) ما نصه"القرينة القاطعة هي الأمارة البالغة حد اليقين مثلا إذا خرج أحد من دار خالية خائفا مدهوشا وفي يده سكين ملوثة بالدم فدخل في الدار ورئي فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون ذلك الشخص المذكور" .

[6] - سورة يوسف :الآية (26-28) .

قال ابن فرحون تعليقا على هذه الآية : فمتى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عمل بها ، وقد ورد في القرآن الكريم : قصة يوسف في قد القميص ، وإقامة ذلك مقام الشهود ....وقد استدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في كثير من مسائل الفقه ، وأقاموها مقام البينة[١] .

٢.قال تعالى :**(**وَأَلْقَى فِي الأَرْضِ رَوَاسِيَ أَن تَمِيدَ بِكُمْ وَأَنْهَارًا وَسُبُلاً لَّعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ * وَعَلامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ**)**[2] .

قال الشافعي: قال الله تعالى وهو الذي جعل لكم النجوم لتهتدوا بها في ظلمات البر والبحر وقال تعالى وعلامات وبالنجم هم يهتدون فخلق الله لهم العلامات ونصب لهم المسجد الحرام وأمرهم أن يتوجهوا إليه وإنما توجههم إليه بالعلامات التي خلق لهم والعقول التي ركبها فيهم التي استدلوا بها على معرفة العلامات وكل هذا بيان ونعمة منه جل ثناؤه [٣].

وقال ابن القيم : قد نصب الله سبحانه على الحق الموجود والمشروع ، علامات وأمارات تدل عليه وتبينه ، قال تعالى : **(** وَأَلْقَى فِي الأَرْضِ رَوَاسِيَ أَن تَمِيدَ بِكُمْ وَأَنْهَاراً وَسُبُلاً لَّعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ * وَعَلامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ **)**[4] ونصب على القبلة علامات وأدلة[٥] .

ثانيا : من السنة :

استدلوا على ذلك بأدلة

كثيرة نذكر منها :

١.عن زيد بن خالد الجهني : أن النبي **r** سأله رجل عن اللقطة فقال :"اعرف وكاءها أو قال وعاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ثم استمتع بها فإن جاء ربها فأدها إليه . قال فضالة الإبل ؟ فغضب حتى احمرت وجنتاه أو قال احمر وجهه فقال :وما لك ولها معها سقاوءها وحذاؤها ترد الماء وترعى الشجر فذرها حتى يلقاها ربها ، قال فضالة الغنم ؟ قال : لك أو لأخيك أو للذئب"[٦].

قال ابن القيم الجوزية :ومن ذلك أن النبي **r** أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها وأمره أن يعرف عفاصها ووعاءها ووكاءها كذلك فجعل وصفه لها قائما مقام البينة بل ربما يكون وصفه لها أظهر وأصدق من البينة[٧].

٢.عن صالح بن إبراهيم ابن عبد الرحمن بن عوف عن أبيه عن جده قال : بينا أنا واقف في الصف يوم بدر فنظرت عن يميني وعن شمالي فإذا أنا بغلامين من الأنصار حديثة أسنانهما تمنيت أن أكون

---

1 - ابن فرحون : تبصرة الحكام (١١٩/٢) .
2 - سورة النحل : الآية (١٥-١٦) .
3 - الشافعي : أحكام القرآن (٧٠/١) .
4 - سورة النحل :الآية (١٥-١٦)
5 - ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية (٨٦) .
6 - البخاري : الجامع الصحيح (٣٠/١) رقم الحديث ٩١ ، الإمام مسلم : صحيح مسلم(٣/ ١٣٤٦) رقم الحديث ١٧٢٢.
7 - ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية (١٥) .

بين أضلع منهما فغمزني أحدهما فقال يا عم هل تعرف أبا جهل ؟ قلت نعم ما حاجتك إليه يا ابن أخي ؟ قال أخبرت أنه يسب رسول الله r والذي نفسي بيده لئن رأيته لا يفارق سوادي سواده حتى يموت الأعجل منا فتعجبت لذلك فغمزني الأخر فقال لي مثلها فلم أنشب أن نظرت إلى أبي جهل يجول في الناس قلت ألا إن هذا صاحبكما الذي سألتماني فابتدراه بسيفهما فضرباه حتى قتلاه ثم انصرفا إلى رسول الله r فأخبراه فقال : أيكما قتله . قال كل واحد منهما أنا قتلته فقال: هل مسحتما سيفيكما ، قالا لا فنظر في السيفين فقال : كلاكما قتله سلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ، وكانا معاذ بن عفراء ومعاذ بن عمرو بن الجموح[١].

قال ابن القيم الجوزية : ومن ذلك أن ابني عفراء لما تداعيا قتل أبي جهل فقال r هل مسحتما سيفيكما قالا لا قال فأرياني سيفيكما فلما نظر فيهما قال لأحدهما هذا قتله وقضى له بسلبه ، وهذا من أحسن الأحكام وأحقها بالإتباع ، والدم في النصل شاهد عجب[٢].

المذهب الثاني : القائلون بعدم مشروعية القرائن في الإثبات .

ذهب بعض الفقهاء لعدم الأخذ بالقرائن منهم ابن عابدين(محمد علاء الدين) و القرافي .

يقول صاحب كتاب "**تكملة حاشية رد المحتار**" من الحنفية (فبلغت طرق القضاء ثلاثا) بينة وإقرار ونكول.... (والسابع قرينة) ذكر ذلك ابن الغرس... قال الخير الرملي:" ولا شك أن ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة، فلا ينبغي التعويل عليه ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد فلا تغتر به.... والقرينة مما انفرد بها ابن الغرس فرجعت إلى ثلاث"[٣].

وذكر القرافي:"إنا لا ندعي أن الظن يعتبر كيف كان ، بل ندعي أن مزيد الظن معتبر في الترجيح بعد حصول أصل معتبر ألا ترى أن قوائن الأحوال لا تثبت بها الأحكام والفتاوى ، وإن حصلت ظنا أكثر من البينات والأقيسة وأخبار الآحاد لأن الشرع لم يجعلها مدركا للفتوى والقضاء ، وأن الأخبار والأقيسة لما جعلت مدركا للفتيا دخلها الترجيح"[٤].

أدلة هذا المذهب :

من السنة :

١. عن ابن عباس قال: قال رسول الله r "لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة . فقد ظهر منها الريبة في منطقها و هيئتها ومن يدخل عليه"[٥].

---

1 - البخاري : الجامع الصحيح (٩٢/٤) رقم الحديث ٣١٤٢ ، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٧٢/٣) رقم الحديث ١٧٥٢.

2 - ابن القيم الجوزية : الطرق الحكمية (١٦) .

3 - ابن عابدين(محمد علاء الدين) : تكملة رد المحتار (٤٣٨/٧) .

4 - القرافي : الفروق (٦٥/٤) .

5 - البخاري : الجامع الصحيح (٨/ ١٧٥) رقم الحديث ٦٨٥٥ ، الأمام مسلم : صحيح مسلم (٢/ ١١٣٤) رقم الحديث ١٤٩٧ .

٢.عن أبي هريرة :"أن رجلا أتى النبي r فقال يا رسول الله ولد لي غلام أسود فقال : هل لك من إبل ، قال نعم قال :ما ألوانها ، قال حمر قال: هل فيها من أورق، قال نعم قال: فأنى ذلك ، قال لعله نزعه عرق قال: فلعل ابنك هذا نزعة"[١].

وجه الدلالة : أن النبي r لم يحكم بالقرائن مع ظهورها ، ففي الحديث الأول ظهرت علامات الريبة وهى أمارات ظاهرة على الزنا ومع ذلك لم يقم عليها الحد بالقرائن ، وفي الحديث الثاني لم يعتبر اختلاف اللون بين الولد والوالد في إثبات الزنا ونفي النسب، وهذا يدل على عدم اعتبار القرائن في إثبات الحكم .

الرأي المختار :

الناظر في أدلة الفرقين يرى أن هناك أدلة تجيز وأدلة تمنع ، وعليه يمكن التوسط في الأخذ ويكون على النحو التالي :

(١) لا يمكننا اعتبار كل قرينة دليلا للإثبات وكذلك لا يمكننا إسقاط اعتبار القرائن بالكلية ، ولذلك فإني أرى أن يُنظر في كل قرينة على حدة ، وكلما كانت القرينة من الوضوح والقوة بمكان يمكن أن نعتبرها حجة في الإثبات وأما إذا كانت القرينة ضعيفة فلا تعتبر حجة .

(٢)في حالة عدم القرائن اعتبار القرينة حجة يمكن أن يستأنس بها للوصول لإثبات ، فإذا سُئل الجاني عن هذه القرينة وبقي ساكتا فإن السكوت في معرض الحاجة بيان فيعتبر سكوته إقرارا[٢].

(٣)متى اعتبر الشرع القرينة أُخذت بهذا الاعتبار ولا يقاس عليها باقي القرائن ، فمثلا إذا جعل الشرع القيافة تُثبت نسبا ، فنقف عن إثبات النسب بالقيافة ، ولا نجعل القيافة تثبت سرقة ، أي لا نعمم القرائن .

(٤)عدم الأخذ بالقرائن في الحدود التي تدرأ بالشبهات ، وذلك لأن أقل شبهة تدرأ الحد .

ومما تقدم يتبين ما يلي :

– القضاء العرفي يعتبر القرينة في القضاء سواء كانت قطعية (كالبشعة) أو ظنية كباقي القرائن أذا ثبتت صحتها .

– القضاء الشرعي أيضا يأخذ بالقرائن[٣] إذا كانت معتبرة شرعا وغير محرمة (كالبشعة) [٤] .

وعليه فإن القضاء العرفي يتفق مع القضاء الشرعي في مبدأ الأخذ بالقرائن ، غير أن الشارع لا يعترف بقرينة البشعة وهذا ما سنبينه بعد ذلك .

---

[1] - البخاري : الجامع الصحيح (٧/ ٣٥) رقم الحديث ٥٣٠٥،الإمام مسلم : صحيح مسلم(١١٣٧/٢) رقم الحديث ١٥٠٠.

[2] - انظر إلى صفحة (١٠٢)

[3] - على الرأي الراجح .

[4] - هذا على الرأي المختار والرأي الذي يعتبر القرائن حجة ، أما الذين قالوا بعدم حجية القرائن فهي غير معتبرة شرعا عندهم .

دور البشعة في القضاء العرفي :

أفردنا التكلم عنها وذلك ، لأن الناس إلى حد اليوم يعتقدون بصحتها ، وأيضا فإن كثيرا من القضايا الخطرة تحول إليها :

– فالبشعة في العرف دليل معتبر للحكم في أي قضية .

– البشعة حجة في كل القضايا الخطيرة.

أما البشعة في القضاء الشرعي فليس لها مستند شرعي وذلك :

– الناظر إلى الكتاب والسنة والمتتبع لكتب الفقه وخصوصا الكتب التي تتكلم في القضاء لن يجد (البشعة) في وسائل الإثبات سواء المتفق عليها[1] أو المختلف عليها (كالقرائن) .

– فيها تعذيب بالنار وهذا لا يجوز فقد قال الرسول **e** (وإن النار لا يعذب بها إلا الله)[2].

– قراءة الطلاسم يجعلها نوعا من السحر . والسحر محرم بأدلة كثيرة نذكر منها حديث النبي **e** قال (اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات)[3] .

– العلم عن طريق ما يدعونه الكشف الرباني المقرون بفعل البشعة هو علم بالغيب وهذا الأمر محرم شرعا قال تعالى : **(**قُل لاَّ أَقُولُ لَكُمْ عِندِي خَزَآئِنُ اللّهِ وَلا أَعْلَمُ الْغَيْبَ وَلا أَقُولُ لَكُمْ إِنِّي مَلَكٌ إِنْ أَتَّبِعُ إِلاَّ مَا يُوحَى إِلَيَّ**)**[4] فإذا كان علم الغيب لم يعط للنبي **r** أفيعطى لغيره .

وعلى هذا لا يوجد (للبشعة) مستند شرعي لا في الكتاب أو السنة ، علاوة على أن تكون حجة في كل القضايا ، فينطبق عليها حديث عائشة رضي الله عنها قالت :قال رسول الله **r** (**من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد**)[5].

ومما تقدم يتبين ما يلي :

أن البشعة حجة في القضاء العرفي[6] .

بينما البشعة ليس لها مستند شرعي حتى عند القائلين بمشروعية القرائن ، وبالتالي هي من الأمور المردودة شرعا .

[1] - كالإقرار و الشهادة واليمين .

[2] - البخاري: الجامع الصحيح (٦١/٤) رقم الحديث ٣٠١٦.

[3] - البخاري: الجامع الصحيح (١٠/٤) رقم الحديث ٢٧٦٦، مسلم : صحيح مسلم(٩٢/١) رقم الحديث ٨٩ .

[4] - سورة الأنعام :جزء من الآية(٥٠) .

[5] - البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ١٨٤) رقم الحديث ٢٦٩٧، مسلم : صحيح مسلم(١٣٤٣/٣) رقم الحديث ١٧١٨ .

[6] - مع الوعي الديني بدأ كثير من الناس يرفضون هذا الأمر لمخالفته للشريعة .

الفصل الثاني

الإجراءات القضائية في العرف والحكم

الشرعي في ذلك .

ويحتوي على أربعة مباحث

المبحث الأول : الإجراءات الأولية .

المبحث الثاني : الجلوس للتقاضي .

المبحث الثالث : إصدار الحكم .

المبحث الرابع : الإستئناف (العدف) .

المبحث الأول

الإجراءات الأولية

ويحتوي على أربعة مطالب

المطلب الأول : الإجراءات من جهة المعتدي .

المطلب الثاني : الإجراءات التي يقوم بها المعتدي مقارنة بالشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث : الإجراءات من جهة المعتدى عليه.

المطلب الرابع : الإجراءات التي يقوم بها المعتدى عليه مقارنة بالشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

الإجراءات من جهة المعتدي

ويتم ذلك بأن يبعث أشخاصا معروفين أي وجهاء إلى جهة المعتدى عليهم ويطلب منهم (وجه) مدة معينة ، ثلاثة أيام مثلا يتم خلالها أو بعدها إجراءات أخرى ، أما أن تنتهي بعطوة أو تنتهى بالصلح ، وهذا الإجراء يمكن أن يكون من طرف محايد .

وهذا الإجراء احتوى على عدة أمور منها الوجه ،العطوة ،الصلح .

أولا : الوجه وهو نوعان :

تعريف الوجه:

الوجه لغة : تأتي بعدة معاني نذكر منها :

الوجه المعروف ، الوجه والمواجهة تعني المقابلة ، ووجوه البلد أشرافه ، وقولهم قدمت (وُجُوهٌ) القوم أي ساداتُهُم ، والوجه: مستقبل كل شيء[١].

الوجه اصطلاحا :

هي تلك العملية التي يقوم بها أشخاص معرفون من الوجهاء والمخاتير ورجال الإصلاح لإيقاف النزاع الحاصل بين طرفين ومنع الاعتداء من قبل أي طرف على الآخر مدة معينة تقدر بثلاثة أيام أو أكثر أو اقل تمهيدا للفصل في الخصومة بينهم ، وبه يكون طرفا النزاع في حماية أصحاب الوجه خلال المدة التي تم الاتفاق عليها ، وحتى إذا اعتدى طرف على آخر يجلس للمحاسبة من صاحب الوجه[٢].

وهذا قريب من المعنى اللغوي حيث جاء من معاني الوجه ، ووجوه البلد أشرافه ، وجاء بمعنى قدمت (وُجُوهٌ) القوم أي ساداتُهُمْ ، وكأن هذا المعني المقصود وهو أن يستخدم سادات القوم وأشرافه نفوذهم وحمايتهم في منع المشكلات والاعتداءات مدة من الزمن يتم خلال المدة البحث عن الحلول لهذه المشكلات .

أنواع الوجه :

– **الوجه العادي :** هذا الوجه يؤخذ بموافقة الطرفين كأن تقوم الجاهة إلى الطرف المعتدى عليه وتأخذ منه وجه مدة ثلاثة أيام مثلا فيوافق هذا الطرف على الوجه.

– **وجه عدم :** وهو أن يقوم طرف آخر بوضع وجهه أو وجه أي شخص معروف على المتخاصمين جبرا عنهم لمنعهم من الاعتداء على بعضهم البعض وكثيرا ما يحدث هذا في مشكلات الضرب[٣] .

---

1 - الرازي: مختار الصحاح (٣٢٠) ، ابن منظور : لسان العرب (٥٥٥/١٣) ، الفيومي: المصباح المنير (٣٨٦)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٦٢٠) .

2 - قمت بتعريف الوجه اصطلاحا استنادا إلى ما ورد عند العبادي :جرائم الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (٢٧٢) ، وبناء على مقابلات مع بعض القضاة العرفين .

3 - مقابلات مع بعض رجال العرف .

تقطيع الوجه وما يترتب عليه :

وتسمى (**تسويد الوجه**) وهو أن يقوم أحد المتنازعين بالاعتداء في ظل الوجه .

ويترتب عليه أن يجلس صاحب الوجه مع المعتدي الذي قام بتقطيع الوجه عند قضاة المناشد ، وهؤلاء يبحثون في مسائل العرض وتقطيع الوجه ودخول البيت والضرب داخل الدار .

فكان لابد من البحث في المنشد .

المنشد لغة :

نشدت الضالة إذا ناديت وسألت عنها، والناشدون قوم يطلبون الضوال فيأخذونها ويحبسونها على أربابها، فالناشد: الطالب، والمنشد المعرف ، والجمع مناشد[1].

المنشد اصطلاحا (في القضاء العرفي) :

هو حكم قاس غير مقدر يفرضه القاضي حتى يتم إسكاته من قبل الحاضرين .

وذلك أن يقوم القاضي بإنشاد الحق الذي يقع على الجاني وتسميعه للحضور ، حتى يقوم أحد الجلوس بوضع يده على فم القاضي من شدة الحكم الواقع على الجاني .

أنواع المناشد :

المنشد العادي : وهي القضايا التي تبحث عند قاضي (الملم) في أحقية عرض هذه القضية على قضاة المناشد، إذا هذا القاضي مختص في بحث وفرز القضايا التي تستحق أن تنظر عند قاض المنشد .

منشد رأس :

هي القضايا الواضحة والتي لا تحتاج إلى برهان مثل قضية (تقطيع الوجه) أو قضية (صايحة الضحى)[2] ،وعلى المتهم أن يدفع رزقة عن الطرفين ولا يحتج عن نفسه إقرارا منه على الذنب الذي اقترفه [3].

مثال على حكم المنشد :

وليكن المثال على (صايحة الضحى) .

والحكم في ذلك دفع ناقة على كل خطوة خطاها إلى في اتجاه البيت ، وعشرة ابل عن دخول البيت ، وتقطع يده التي لامست المرأة أو تفتدى بمال ، وكل سكنة من سكناته أو حركة من حركاته تقدر بملغ

---

[1] - لسان العرب (٤٢١/٣) ، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٤١١) ،الفيومي: المصباح المنير (٣٥٩)، الرازي: مختار الصحاح (٢٩٩) .

[2] - هي المرأة التي يعتدي عليها(اعتداء على عرضها) ضحي وهي تصرخ وتستغيث ويسمع صراخها الجيران على أن يكون الإعتداء جبرا عنها ، ثم أصبح هذا المعنى رمزا لكل من يعتدى عليها في أي وقت من الأوقات.

[3] - الحشاش : قضاة العرف والعادة(٢٣)، مقابلات مع بعض القضاة العرفيين .

كبير من المال ، ويبقى القاضي يحسب الخطوات بمبالغ كبيرة من المال حتى يقوم أحد الجلوس بإغلاق فم القاضي[١] .

ثانيا :العطوة :

العطوة لغة : مأخوذة من:

العَطْوُ: التَّناوُلُ ، والعطاء: اسم لما يعطى ، والعطو: التناول باليد[٢].

العطوة اصطلاحا :

هي المهلة أو الهدنة التي يطلبها الجاني بواسطة وجهاء محايدين وتؤخذ من المعتدى عليه ،وذلك لمنع وقوع الاعتداء ، حتى يمكن أهل الجاني من حل هذه الإشكالية أو المبادرة للصلح[٣] .

الحالات التي تعطى فيها العطوة :

(١)التعدي على العرض .

(٢)في القتل .

(٣)في حالات الضرب الذي يتخلله إسالة الدماء أو الكسر .

ولا عطوة في حالات السرقة أو أي مشكلة مالية ونحوها .

أنواع العطوات :

(١)عطوة صافية: وهي ما كان الاعتداء فيها واضحا ، وهذا يوجب على الجاني أن يسعى حثيثا لأخذ العطوة من المجني عليه وتركها يغرم الجاني ويضاعف عليه الحق لاستهتاره وعدم احترامه لغريمه.

(٢)عطوة إفتاش : تؤخذ من الطرفين المتنازعين بواسطة وسطاء محايدين لحين القص والتثبت بوضع كفلاء لحين حل المشكلة عند قاض.

(٣)عطوة منشد : يتفق الطرفان على أخذ عطوة المنشد في الاعتداء الواضح الذي يستوجب الذهاب إلى قاضي المنشد وهنا يعطى المعتدي رزقته إلى القاضي ويرجع إلى الوراء (لا ألسان يرد ولا يد تخط) ، ويدلي المجني عليه حجته من طرف واحد .

(٤)عطوة رأس: وهي تطيب خاطر لمن ضُرب أكثر ، عند القصاص يقص الطرفان وتؤخذ ممن ضُرب أكثر.

عطوة مشروطة: وهي كل عطوة مشروطة بشروط يجب على الطرف الذي أخذت العطوة الالتزام بها ، وفي حال الاعتداء على الشروط تعتبر العطوة لاغية .

وهذه الأنواع للعطوات أما أن تؤخذ مباشرة وإما أن يسبقها بأخذ ما يعرف بفراش العطوة .

---

[1] - مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - الفراهيدي: العين(٢٠٨/٢) ، الرازي: مختار الصحاح (٢٠٩) ،ابن منظور : لسان العرب (٦٨/١٥) ، الفيومي: المصباح المنير (٢٤٨)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٦٩٢).

[3] - الحشاش : قضاة العرف والعادة(٤٦) .

ففراش العطوة : هو المال الذي يقدمه الطرف المعتدي تمهيدا لأخذ عطوة من الطرف الآخر [١] .

ملاحظة :والعطوات مهما تعددت في التسمية فإنها لا تخرج عن نوعين[٢] :

الأولى : عطوة مقطوعة المصالح[٣].

الثانية : عطوة غير مقطوعة المصالح[٤].

ثالثا : الصلح

الصلح في العرف :

إذا حدث أي نزاع بين طرفين فللصلح حالات :

الحالة الأولى : قد يذهب الطرف المعتدي مباشرة إلى الطرف المعتدى عليه ويعتذر عما بدا من جانبه أو من أي شخص من جانبه ، وعلى ذلك إما أن يسقط حقه أو أن يطالب ببعض حقوقه ، وأغلب الأحيان يقوم هذا الطرف بالمسامحة .

الحالة الثانية : وهو أن يقوم الطرف المعتدي بإرسال أشخاص بالمطالبة بالصلح ، فإن وافق تقوم الجاهة بالذهاب إلى بيت المعتدى عليهم ومعهم الطرف المعتدي ، وقد تكون هذه الجاهة مشروطة بدفع الحق للجهة المعتدى عليها ، وقد يكون هذا الحق معلوما، وقد لا يعلم و يترك تحديده لجهة المعتدى عليهم ، فيتم الجلوس في اليوم المحدد فتبدأ عملية المصالحة ، وتتدخل الجاهة بالشفعة للطرف المعتدي فربما يترتب على هذه الشفعة عدة أمور وهي :

- اكتفاء المعتدى عليهم بأخذ بعض المال ، مثل مصاريف علاج وهذا يحدث كثيرا في قضايا الضرب.
- أخذ الحق المتفق عليه .
- المسامحة على أن يبقى الحق المتفق عليه في (عرض فلان)[٥] .

---

[1] - غيث : قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي (٤١) ، العبادي :جرائم الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (٦١-٧٣) وقد ذكر عدة أنواع من العطوات بأسماء مختلفة إلا أنها لا تخرج عن النوع الذي تم حصر العطوات فيها ، وهي عطوة مقطوعة المصالح وغير مقطوعة المصالح ، الحشاش : قضاة العرف والعادة(٤٦) ، العارف : القضاء عند البدو (٨٦) ، مقابلات مع بعض القضاة العرفين .

[2] - مقابلات مع بعض القضاة العرفين .

[3] - أي لا يجوز للطرف الآخذ أن يقدم اعتراض على دعوى الآخر مثل العطوة الصافية .

[4] - أي يجوز للطرفين التناقش في حيثية القضية مثل عطوة الإفتاش .

[5] - أي أن يكون الحق مكفولا من شخص ما على إن عاد الطرف المعتدي بالإعتداء مرة أخري أن يدفع هذا الحق قبل إعطاء الحق مرة أخرى .

المطلب الثاني

الإجراءات التي يقوم بها المعتدي مقارنة بالشريعة الإسلامية

عند النظر في الإجراءات التي تتخذها جهة المعتدي وجدت تتمثل في عدة أمور .

- الوجه وما يترتب على تسويده[١] .
- العطوة .
- الصلح .

وسنعمل على تبين الحكم الشرعي فيها .

أولا : الوجه ومشروعيته :

قبل الشروع في تبين الحكم الشرعي كان لابد من معرفة واقع الوجه ، فالوجه هو فرض نفوذ شخص معين على الطرفين المتخاصمين في عدم اعتدائهم على بعضهم البعض ، أي فرض حمايته على الطرفين ، بدليل أن الشخص الذي يعتدي في ضل الوجه يقع لمقاضاة صاحب الوجه لأنه اعتدى في ظل وجهه[٢] .

فإذا كان هذا الواقع فالوجه يكون من باب الجوار والحماية ، ويكون أيضا من باب الإصلاح بين الناس وهذا الأمر جائز شرعا .

- فقد ورد في حديث عن أم هاني بنت أبي طالب وفيه ...قلت يا رسول الله زعم ابن أمي أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن هبيرة فقال رسول الله **r** :" قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ"[3] .

فقد أجاز الرسول **r** جوار وحماية أم هاني ، وعليه فإن الوجه جائز شرعا ، فالذي يعطي الوجه يكون أعطى حمايته وعهده للطرفين في عدم الاعتداء بعضهم على البعض إلى حين الوصل إلى حل لهذه المشكلة .

- أيضا هو من قبيل الإصلاح بين الناس قال الله تعالى : **(**لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتَغَاء مَرْضَاتِ اللّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا **)**[4].

فالله حض المؤمنين على الصلح بين الناس .

- وقال الرسول **r** :**(** ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة ؟ " قالوا بلى يا

---

[1] - أي الإعتداء في ظل الوجه .
[2] . العبادي :جرائم الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (٢٧٢) ، مقابلات مع بعض القضاة العرفين .
[3] - البخاري: الجامع الصحيح (١/ ٨٠) رقم الحديث ٣٥٧ .،مسلم :صحيح مسلم (١/ ٤٩٧) رقم الحديث ٣٣٦ .
[4] - سورة النساء : الآية (١١٤)

رسول الله قال : إصلاح ذات البين وفساد ذات البيت الحالقة)[1].

– وأيضا قد ورد حديث للحض على الصلح بأي شيء يحققه ما دام مباحا فعن سهل بن سعد **t** : أن أهل قباء اقتتلوا حتى ترامو بالحجارة فأخبر رسول الله **r** بذلك فقال:اذهبوا بنا نصلح بينهم"[٢].

وبناء على ما تقدم يتضح موافقة العرف للشرع في مشروعية (الوجه) ، وأنه ليس فيه مخالفة شرعية .

تقطيع الوجه: وتسمى **(تسويد الوجه)** وهو أن يقوم احد المتنازعين بالاعتداء في ظل الوجه ، ويترتب على ذلك كما قدمنا حكم المنشد .

فالمنشد : هو حكم قاس غير مقدر يفرضه القاضي حتى يتم إسكاته من قبل الحاضرين .

مشروعية المنشد :

من المقرر في الشرع أن العقوبات تنقسم إلى حدود وتعازير ، فالحد هي العقوبة المقدرة ، والتعزير خلاف ذلك[٣] ، والتعزير يختاره القاضي من العقوبات الشرعية ، ما يناسب حال الجاني ، ونوع الجريمة ومكانها وزمن حدوثها ، وكيفيتها ، فيجب على الذين لهم سلطة التعزير الاجتهاد في اختيار الأصلح ، لاختلاف مراتب الناس ، وباختلاف المعاصي[٤].

نقول إذا قام أحد الأطراف بجريمة تستأهل المنشد ، فإنه يترتب على ذلك حكم المنشد بما فيه من عقوبة قاسية يفرضها القاضي كما سبق بيان ذلك .

ولا شك أن من يقوم بجريمة تستأهل المنشد مستحق للعقوبة التعزيرية المناسبة ، ولكن الذي نراه في حكم المنشد أن القاضي يقرر عقوبة كبيرة وظالمة وغير محتملة لا تتناسب مع ما يقوم به من فعل هذه الجريمة ، ولذلك نقول أن أصل المعاقبة لا تخالف الشرع ، ولكن طبيعة العقوبة التي يحكم بها المنشد مخالفة للشرع لما تشمل عليه من ظلم ومبالغة .

فمثلا اعتداء في ظل الوجه أو دخول بيت أو محاولة اغتصاب ، فالعقوبة المترتبة عليه أكثر من ثلاث ديات أو أكثر ، فهل العقوبة التعزيرية في الشرع تصل إلى هذا الحد ، طبع لا[٥] .

ولنحدد ضوابط لعقوبة[٦] المنشد :

– أن تتلاءم مع طبيعة الجرم[٧] .

---

[1] - أبو داود : سنن أبي داود (٧٣٧) رقم الحديث ٤٩١٩ ، الترمذي : سنن الترمذي (٥٦٥)رقم الحديث ، ٢٥٠٩ وقال عنه صحيح ، الإمام احمد : المسند(٤٤٤/٦) رقم الحديث٢٧٥٤٨ تعليق شعيب الأرنؤوط : إسناده صحيح.

[2] - البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ١٨٣) رقم الحديث ٢٦٩٣.

[3] - الكاسائي :بدائع الصنائع (٧ /٣٣) ، الزيلعي :تبيين الحقائق(٣ /١٦٣) ، المواق: التاج والأكليل (٣١٩/٦) ، المرداوي : الإنصاف (٢٣٩/١٠) ، الشربيني :مغني المحتاج(٤ /١٥٥)

[4] - انظر: الموسوعة الفقهية (٢٢٥/١٢) .

[5]- عند الأحناف والشافعية : لا يبلغ التعزير أدنى الحدود الكاسائي :بدائع الصنائع (٧ /٦٤) ، الشيرازي : المهذب (٢٨٨/٢)، وعند المالكية : التعزير مطلق ليس له حد القرافي : الفروق(١٧٧/٤)، وعند الحنابلة قولان أحدهما كالأحناف والشافعية والثاني : يقدر بعشرة أسواط ابن قدامة : المغني (١٠/ ٣٢٤) ، هذا كله في الضرب ، أما في التعزيرات الأخرى بحسب ما يراه الإمام انظر المراجع السابقة .

[6] - نقصد بها العقوبة التعزيرية .

[7] - انظر: الموسوعة الفقهية (٢٢٥/١٢) .

– أن تتوقف على طلب المستحق فإن عفا فله ذلك وإن لم يأخذ بها أُجريت العقوبة[1].
ولذلك يجب أن يضبط القاضي العرفي الأحكام المترتبة على المنشد بالأحكام الشرعية ، أو أن يتصالحا مقابل ذلك في الأمور التي يجوز فيها الصلح كما بينا سابقا.

ثانيا : العطوة ومشروعيتها :

فالعطوة هي المهلة المعطاة إلى الجناة ، ومهما تعددت أسماء العطوات فإنها لا تخرج عن نوعين احدهما مقطوعة المصالح والثانية غير مقطوعة المصالح .

والناظر إلى واقع (العطوة) يرى أنها إعطاء مدة معينة من المجني عليه للجاني حتى يمكن أهل الجاني من حل هذه الإشكالية أو المبادرة للصلح .

وعليه فإن العطوة من قبيل العهد أي عهد في عدم الاعتداء على الجاني خلال هذه المدة ، أما أن كانت على شيء فهي عقد على صلح بشرط معين .

والعهد جائز شرعا وواجب الالتزام به وذلك للأدلة التالية :

– فإن كانت من قبيل العهد فالواجب الالتزام بالوفاء بالمدة المعطاة لقوله تعالى **(وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً)** [2]فالله قد أمر بالالتزام بالعهد ووجوب الوفاء به .

يقول الطبري : "وأوفوا بالعقد الذي تعاقدون الناس في الصلح بين أهل الحرب والإسلام وفيما بينكم أيضا والبيوع والأشربة والإجارات وغير ذلك من العقود **(إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً)** [3] يقول : إن الله جل ثناؤه سائل ناقض العهد عن نقضه إياه يقول : فلا تنقضوا العهود الجائزة بينكم وبين من عاهدتموه أيها الناس فتخفروه وتغدروا بمن أعطيتموه ذلك وإنما عنى بذلك أن العهد كان مطلوبا يقال في الكلام : ليسئلن فلان عهد فلان"[4].

وأما إن كان من قبيل الصلح فهو جائز سواء أكان بشروط أم من غير شروط :

– لحديث الرسول **r** وفيه:(الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما)[5].فهو من قبيل الصلح على شرط فإن كان الشرط مباح فهو جائز وإن على شرط حرام فهي حرام .

– وأيضا قد ورد حديث للحض على الصلح بأي شيء يحققه ما دام مباحا فعن سهل بن سعد رضي الله : أن أهل قباء اقتتلوا حتى تراموا بالحجارة فأخبر رسول الله **r** بذلك فقال:"اذهبوا بنا نصلح بينهم"[6].

---

[1] - الهيثمي: تحفة المنهاج (٤٣٧/٨) .
[2] - سورة الإسراء : جزء من الآية (٣٤).
[3] - سورة الإسراء : جزء من الآية (٣٤).
[4] - الطبري : جامع البيان (٧٨/٨) .
[5] - الترمذي : سنن الترمذي (٣١٨) وقم الحديث ١٣٥٢ وقال عنه حديث حسن صحيح وصححه الألباني.
[6] - البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ١٨٣) رقم الحديث ٢٦٩٣.

العطوة من الأمور المباحة التي حض علها الرسول r في قوله (اذهبوا بنا نصلح بينهم) والصلح بأي شكل جائز شرعا .

وعليه فالعطوة جائزة شرعا وهي من الأمور التي تساعد على الصلح فهي جائزة والله اعلم .

ملاحظة :أي شرط يتخلل (العطوة) ويكون مخالفا لكتاب الله فهو باطل، وعلى هذا تكون العطوة الصافية مقطوعة المصالح باطلة شرعا [١]، وأي عطوة تحتوي على شروط تحل حراما أو تحرم حلالا غير هذه العطوة تكون باطلة شرعا للحديث المتقدم (والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما).

وأما ما يسمى **(بفراش العطوة)** فإن كان هذا المال يعد من الحق أو من مصاريف العلاج وخصوصا في قضايا الضرب أو أن يرد المال إذا خرج هذا الطرف بريء فهو جائز ، أما غير ذلك بأن لا يرد أو أنه ليس من الحق فإن ذلك يعد باطلا شرعا وهو بمثابة أكل أموال الناس الباطل، قال تعالى **[**وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ**]** [٢]

ثالثا : الصلح ومشروعيته :

كما قدمنا يمكن تقسيم الصلح إلى نوعين صلح بدون مقابل ، وصلح مقابل شيء ، وفي الحالتين الصلح جائز لعموم أدلة الصلح :

١.قوله تعالى**(** فَلاَ جُنَاْحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ **)** [٣] .

يقول القرطبي :"وفي هذه أن أنواع الصلح كلها مباحة" [٤]

٢. ولحديث رسول الله r (قال الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما) [٥].

يقول ابن قدامة: "ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز" [٦] .

فإذا كان الصلح :هو عبارة عن معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين مختلفين فإذا كان الصلح في القضاء العرفي يحتوي على ذلك فهو صحيح .

ولكن يجب أن يكون بضوابط منها :

(١) يجب أن يكون عن مرضاة لأن عقد الصلح عقد مراضاة [٧].

---

1 - وهي المعرفة (لا ألسان يرد ولا يد تخط) ، أما إن أعطاها وهو مقر الجرم فهي جائزة والله أعلم .
2 - سورة البقرة : الآية (١٨٨) .
3 - سورة النساء : جزء من الآية (١٢٨) .
4 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٤٠٥/٥) .
5 - الترمذي : سنن الترمذي (٣١٣) رقم الحديث ١٣٥٢ وقال عنه حديث حسن صحيح وصححه الألباني.
6 - ابن قدامة: المغني (٢٧/٥) .
7 - السرخسي : المبسوط (١٣٢/٢٠) ، الفتاوى الهندية(٢٤٤/٤) .

(٢)يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه[1] .

(٣)الصلح يكون في حقوق العبد أما في حقوق الله فلا مجال للصلح فيه[2].

(٤)أن لا يخالف حكما شرعيا أو أن لا يترتب عليه تجاوز حد من الحدود .

ملاحظة : الصلح الذي يحدث بين طرفين أحدهما أقوى من الآخر ويترتب عليه تضييع الحقوق هو صلح باطل لأنه صلح احل حراما .

1- ابن قدامة : المغني(٢٧/٥).

2 - بدائع الصنائع (٧٢/٦)، ابن قدامة : المغني(٢٨/٧) ، البهوتي: شرح منتهي الإرادات (٢٦٦/٢) .

المطلب الثالث

الإجراءات من جهة المعتدى عليه

ويتم الإجراء التالي من قبل المعتدى عليهم وذلك بأن يقوم هذا الطرف بأن ينتظر ثلاثة أيام وبعدها يقوم بعدة أمور منها إنذار الخصم لعله لم يكن يعلم بهذه الحادثة ، أو يقوم بالبدوة على الخصم فأن استجاب وجلس للقضاء فبها ونعمت وإلا يقوم بأخذ الحق بيده إن كان قادرا على ذلك .

وهذا الإجراء احتوى على عدة أمور منها البدوة ، السداد (المعاملة بالمثل) .

أولا : البدوة:

البدوة لغة : كأنها مأخوذة من مادة بدا وقد تأتي بعدة معاني نذكر منها :

البدء:مصدر بدأ يبدأ ، وهو أن يفعل شيئا قبل غيره ، بدا الشيء يبدو بدوا: إذا ظهر ، وباديته: جاهرته ، وبدا له في الأمر: انصرف عنه ، وأبدأ القوم : إذا خرجوا من بلد إلى بلد[1].

البدوة اصطلاحا:

وهو أن يبعث المعتدى عليهم بدوات ثلاث مع كل بدوة كفيل وكبير وشاهد ، فالكفيل هو من يكفل حق المعتدي إذا بان أن الطرف الذي بعث البدوة كان كاذبا ، والكبير وهو من يتكلم بلسان البدوة ، والشاهد هو الذي يشهد على أن البدوة صارت على الوجه المطلوب، وقد يبعث بدوة دون كفيل أو شاهد على حسب القضية ، فإن استجاب الطرف للبدوات فإنه يحدد يوما للقضاء[2] .

وكأنها مأخوذة من المعني اللغوي وهو من يفعل شيئا قبل غيره .

ثانيا : السداد (المعاملة بالمثل) :

بعد البدوات يقوم المعتدى عليه إجراءات اتجاه المعتدي وتتمثل في المعاملة بالمثل أو الزيادة في ذلك. وذلك عندما يتم عدم الإكتراث بالمعتدى عليهم ، يقوم هذا الجانب من أخذ الحق بيده وكثير ما يحدث هذا في المعاملات المالية ويسمى(الوساقة)[3]، وذلك بأن يأخذ كل ما تقع عليه يده لإستيفاء حقه ، سواء أكان المال من جنسه أو من غير جنسه ، أما في مسائل الضرب فيكون المعاملة بالمثل(السداد) بعد البدوات ولا يلحقه ملامة في القضاء العرفي[4] .

---

[1] - الرازي: مختار الصحاح (٤٢)، ابن منظور : لسان العرب (٦٥/١٤) ، الفيومي: المصباح المنير (٣٠)،الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٦٢٩) .

[2] - غيث : قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي (٣٦) ، العبادي :جرائم الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (٦١-٧٣) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة(١٠) ، مقابلات مع بعض القضاة العرفين .

[3] - الوساقة هي حجز مال الغير لإستفاء حقه منه انظر العبادي :جرائم الجنايات الصغرى عند العشائر الأردنية (١٢٣) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة(١٠) .

[4] - أما مسائل القتل فسيأتي الحديث عنها في الفصل الثالث .

المطلب الرابع

الإجراءات التي يقوم بها المعتدى عليه مقارنة بالشريعة الإسلامية

عند النظر في الإجراءات التي تتخذها جهة المعتدى عليهم نجدها تمثلت فيما يلي :

- البدوة .
- السداد (المعاملة بالمثل) .

وسنعمل على تبين الحكم الشرعي فيها .

أولا :البدوة ومشروعيتها :

الناظر إلى واقع (البدوة) يرى أنها من قبيل إنذار أو تبليغ شخص معين بفعل معين أو هي طلب معين من شخص للجلوس للقضاء ، أو هي إخبار أناس بأمر معين .

وهذا بمثابة إجراءات قضائية ضد شخص معين فهي(وسيلة لإعلام الشخص بما يتخذ ضده من إجراءات)[١].

وفكرة التبليغ مبناها على مبدأ معروف ،وهو مبدأ المواجهة بين الخصوم والذي يقتضي علم الخصم الآخر بكل ما يجري ، وهو تطبيق لقول الرسول r عن علي رضي الله عنه قال : قال لي رسول الله r "إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدري كيف تقضي قال علي فما زلت قاضيا بعد" [٢] ، وعلى ذلك لا يجوز اتخاذ إجراء ضد شخص دون تمكنه من العلم به ودون إعطائه الفرصة للدفاع عن نفسه[٣].

وعلى ذلك يتبن جواز ما يسمى (بالبدوة) لأنها نوع من إعلام الخصم ،وخاصة أن الخصم قد يكون جاهلا بما يجب عليه فعله ،أو غافلا أو غير ذلك .

ثانيا : السداد ومشروعيته :

الحقيقة أن أخذ الحقوق باليد يؤدي إلى فوضوية المجتمع[٤] ، ولذلك يجب الرجوع الجهة المختصة لأخذ الحقوق :

ولا مانع من أن نذكر أقوال العلماء في استرداد الحق من قبل المعتدى عليهم.

---

1 - أبو البصل : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (١٥٦) .

2 - الترمذي :سنن الترمذي (٣١٤) رقم الحديث ١٣٣١ وقال عنه حديث حسن .

3 - أبو البصل : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (١٥٦) ، التكروري : الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (٦٨) . .

4 - لا نتكلم عن الحل والحرمة ، وإنما نتكلم عن واقع هذا الأمر .

أولا : استرداد الأموال عند جحوده ونكرانه من قبل المغتصب .

فقد انقسم الفقهاء على رأيين :

الرأي الأول : المالكية والحنابلة :

أن صاحب الحق يستوفيه بواسطة القضاء في جميع الحالات سواء أكان مقر بالمال أو لم يقر[١] .

ودليلهم :

- قول الرسول r (أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)[٢] .
- ولأن النبي r قضى لهند زوجة أبي سفيان بأخذ حقها ولو لم يعلم زوجها بقوله(خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[٣] .

فهذه الأحاديث تدل على أنه لا بد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه.

الرأي الثاني : للشافعية والمفتى به عند متأخرين الأحناف :

وقالت الشافعية[٤] : إن لصاحب الحق استيفاء حقه بنفسه بأي طريق، سواء أكان من جنس حقه ، أم من غير جنسه[٥].

وقال ابن عابدين : أنه يجوز الأخذ من جنس الحق أو من غيره، وذلك لفساد الذمم والمماطلة في وفاء الديون[٦].

ودليلهم :

- قوله تعالى **(**وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا**)**[٧] ، وقوله تعالى **(**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ**)**[٨]

وقالوا إن المثلية ليست من كل وجه ، وإنما في المال وذلك لقوله r (من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به) [٩].

وبناء على ما تقدم من أدلة الفرقين يمكن التوفيق بينهم وذلك إذا لم يترتب على أخذ المال فتنة يباح له ذلك ، وإن ترتب عليه فتنة فالأصل أن يرجع به إلى الجهات المختصة[١٠] .

وعليه أن من وجد عين حقه عند آخر مالاً أو عروضاً وكان مماطلاً في رده أو جاحداً الدين، فيباح له أخذه ديانة لا قضاء للضرورة[١١] .

---

1 - الدردير : الشرح الكبير (٣٣٥/٤) ، ابن قدامة : المغني (١٢/ ٢٢٩) .
2 - الأمام احمد : المسند (١١٤/٣) رقم الحديث ١٥٤٦٢ تعليق شعيب الأرنؤوط : حسن
3 - البخاري : الجامع الصحيح (٧/ ٦٥) رقم الحديث ٥٣٦٤ .
4 - وافق متقدمي الحنفية قول الشافعية فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه لا من غيره انظر :ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٤٠٨/٧) .
5 - الشربيني: مغني المحتاج:(١٦٢/٤) ، الشيرازي:المهذب(٢٨٢/٢) .
6 - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٤٠٨/٧) .
7 - سورة الشورى : جزء من الآية (٤٠) .
8 - سورة النحل : جزء من الآية (١٢٦) .
9 - البخاري : الجامع الصحيح (٣/ ١١٨) رقم الحديث ٢٤٠٢ ، مسلم :صحيح مسلم (٣/ ١١٩٣) رقم الحديث ١٥٥٩.
10 - ابن قدامة : المغني (١٢/ ٢٢٩) .
11 - وهبي الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية (١٨٨).

ثانيا : باقي القضايا من ضرب وشتم وقصاص وقتل :

فالأصل الرجوع فيها إلى القضاء إذا أراد الإنسان القضاء ، أو إلى الصلح إذا أراد الصلح ، لكن إذا رد المثل بالمثل ، إذا كان في مسائل الضرب فله ذلك دون الزيادة ودون أن يرتب على ذلك فتنة ، أما مسائل القتل والقصاص[١] فليس لأحد أن يأخذه بيده لأنه من اختصاص الإمام .

يقول القرطبي عند تفسير قوله تعالى :**(** فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ**)**[٢].

"قال تعالى :(فَمَنِ اعْتَدَى) الاعتداء هو التجاوز قال الله تعالى:(ومن يتعد حدود الله) أي يتجاوزها فمن ظلمك فخذ حقك منه بقدر مظلمتك ومن شتمك فرد عليه مثل قوله ومن أخذ عرضك فخذ عرضه لا تتعدى إلى أبويه ولا إلى ابنه أو قريبه وليس لك أن تكذب عليه وإن كذب عليك فإن المعصية لا تقابل بالمعصية فلو قال لك مثلا : يا كافر جاز لك أن تقول له:أنت الكافر وإن قال لك : يا زان فقصاصك أن تقول له : يا كذاب يا شاهد زور ولو قلت له يا زان كنت كاذبا وأثمت في الكذب وإن مطلك وهو غني دون عذر فقال : يا ظالم يا آكل أموال الناس قال النبي **r** يحبس فيه ... ولا يحل لأحد أن يقتص من أحد إلا بإذن السلطان"[٣].

وعلى ما تقدم : أن الأصل في القضايا الرجوع فيها إلى القضاء ، ولكن بما أننا اليوم لا نعيش في مجتمعات ملائكية تعرف هذا الأمر ، فمن قام (السداد)أي المعاملة بالمثل دون حدوث فتنة فله ذلك[٤] وإن كان الأصل الرجوع إلى القضاء ، وإن ترتب عليه فتنة فالأصل فيه القضاء والله أعلى وأعلم .

---

[1] - سيأتي التكلم عليها في الفصل الثالث (أهم القضايا في المجتمع) .

[2] - سورة البقرة :جزء من الآية (١٩٤) .

[3] - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٣٦٠/٢) ، الشوكاني : فتح القدير (٢٩٥/١) ، الهيثمى: تحفة المنهاج (٤٣٧/٨)

[4] - ولكن يأثم بالتعدي على صلاحيات الإمام .

المبحث الثاني

الجلوس للتقاضي وفيه مطلبان

المطلب الأول : إجراءات الجلوس للتقاضي في العرف .

المطلب الثاني : إجراءات الجلوس للتقاضي في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية

المطلب الأول

إجراءات الجلوس للتقاضي في العرف

بعد أن قدمنا الإجراءات الأولية ومن ضمنها(البدوة) والتي يرسلها جهة المعتدى عليهم ، فإذا استجاب الخصم لها يتم الجلوس في اليوم المحدد عند القاضي العرفي وبعد الجلوس يتم وضع كفيل على كل طرف ثم يقوم الطرفان بتقديم الرزقة[1] وهي مبلغ من المال للقاضي ويقوم كل طرف دفن الحصى (بالادعاء) وهذا دفن الحصى (الإدعاء) يكون من الشخص نفسه أو من (لسان الحال) وبعد سماع الحجج يقوم القاضي بعرض الصلح فان لم يرضوا بالصلح فانه يتم إصدار الحكم ، وعليه فإن هذا الإجراء احتوى على عدة أمور وهي : الرزقة والكفالة ولسان الحال .

وسنعمل على تبين هذه الأمور على النحو التالي :

أولا : الرزقة :

– **الرزقة لغة** :مأخوذ من مادة رزق ، الرِّزْقُ ما ينتفع به والجمع الأَرْزَاق ، الرزق : يعني العطاء[2].

– **الرزقة اصطلاحا :**

هو المال الذي يقدمه المتخاصمان إلى القاضي العرفي ليحكم بينهم في القضية المطروحة أمامه . وتعتبر الرزقة بمثابة مصاريف للقاضي مقابل جهده ، ومما يقوم به من الضيافة والاستقبال و تفريغ الوقت من أجل حل مشاكل الناس ، وفي حالة الصلح يتم إرجاع المال إلى أصحابه[3] .

– **أنواع الرزقة :**

(١) الرزقة العادية : وهي الرزقة التي يقدمها الطرفان إلى القاضي للقضاء عنده .

(٢)رزقة السنود : وهي تقدم إلى القاضي عند عدم رضا طرف بقضاء القاضي ويكون القاضي مع قضاة آخرين (قاضي وإخوانه) فيقول هذا الطرف (إسندني إلى معدوفي وهذه رزقة السنود) فيتم أخذ الرزقة منه وتحويله إلى المعدوف(القاضي الآخر) .

(٣)الرزقـة المعترضـة : عند البدء في إدلاء الأقوال عند القاضي في قضية ما ، ثم يتخلل الأقوال قضية جانبية ، فيقوم الخصم بتقديم (رزقة معترضة) على هذه القضية ، ويقول (إما أن ألحق في هذه القضية أو لا ألحق) أو (أن هذا الكلام صحيح أم غير صحيح) أو نحو ذلك من الحديث ،

---

[1] - وقد تسمى جعله .

[2] - الرازي: مختار الصحاح (١٢٦) ، ابن منظور : لسان العرب (١١٥/١٠) ، الفيومي: المصباح المنير (١٣٧)،الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١١٤٤) ، .

[3] - عارف العارف : القضاء عند البدو (٥٧) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (١٨) ، غيث : قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي (٦٨)، العبادي : القضاء عند العشائر الأردنية(٣٢٢) ، ثابت : القضاء العشائري (٦٧) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

فيتم الحديث عن المشكلة الجانبية وتترك المشكلة الأساسية جانبا إلى أن يتم الانتهاء من هذه المشكلة .

(٤) **رزقة المفلوج :** وتقدم هذه إلى القاضي في حالة أن يضرب موعد عند القاضي (موعد فلج)[١]ويتم حضور خصم دون خصم فيتم دفع هذه الرزقة وتسمى(رزقة مفلوج) وفي هذه الحالة يكسب القضية ويحكم على الخصم غيابيا[٢] .

ثانيا : الكفالة :

الكفالة : لغة :مأخوذ من مادة كفل .

الكفل: الضعف قال الله تعالى: **(يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِن رَّحْمَتِهِ)**[٣] والكفل أيضا ما اكتفل به الراكب وهو أن يدار الكساء حول سنام البعير ثم يركب ، والكفيل الضامن ، وكفل عنه بالمال لغريمه أي ضمن، والكافل الذي يكفل إنسانا يعوله ومنه قوله تعالى **(وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا)** [4، ٥].

الكفالة اصطلاحا[٦] **:**

الكفالة في الاصطلاح العرفي لا تخرج عن المعنى اللغوي ، وهي ضمان الأصيل في كل ما يتوجب للخصم ، سواء إحضار الخصم إلى الديوان أو الكفالة المالية ، وتوضع على الطرفين عند الجلوس للقضاء بعد تقديم (الرزقة) ويتم بموجب الكفالة بأن يلتزم الكفلاء بالدفع أو بالالتزام أمام الخصم لكل ما يتوجب له عن الأصيل .

وتعد الكفالة أهم شيء في الإجراءات القضائية في القضاء العرفي، لأن الكفالة في العرف هي الجانب الإلزامي والتنفيذي ، ولا يكون القضاء العرفي ملزما إذا لم يكن هناك كفلاء.

---

1 - أي الذي لا يأتي إلى الموعد المضروب بين الطرفين على شرط أن الذي لا يأتي يكون خاسر القضية فيسمى (معاد فلج) مقابلات مع بعض رجال العرف .

2 - عارف العارف : القضاء عند البدو (٥٧) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (١٧- ١٨) ، العبادي : القضاء عند العشائر الأردنية(٣٢٢) ، ، ثابت : القضاء العشائري (٦٧ وما بعدها) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

3 - سورة الحديد:جزء من الآية(٢٨).

4 - سورة آل عمران :جزء من الآية(٣٧) .

5 - انظر: الرازي: مختار الصحاح (٢٦٣) ، الفيومي: المصباح المنير (٣١٩) ، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٣٦١) .

٥- **عرفت الكفالة في كتب الفقهاء بعدة تعريفات .**

– "هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا". الحصفكي : الدر المختار (٤١٤/٥) .
– "الضمان شغل ذمة أخرى بالحق". الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٣٢٩/٣).
– "الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة". الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٢٦٩/٢) .
– "وهي التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه وتنعقد بما ينعقد به ضمان وإن ضمن معرفته أخذ به" البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع (٢٦١).

أنواع الكفلاء في العرف :

(١) كفيل (الوفا) :هو الذي يتعهد بدفع كل ما يتوجب على الطرف المعتدي الذي كفله من حقوق مادية أو معنوية إذا لم يوف هذا الطرف حقوق الطرف الآخر، وهو الذي يجبر مكفوله بدفع الحقوق المترتبة عليه .

(٢) كفيل (الدفا) :هو الذي يكفل الطرف المتضرر ويتعهد بأن لا يغدر أو يخل بالاتفاق بعد انتهاء القضية بالصلح أو خروج الحق من عند القاضي .

(٣) كفيل (جمع وإحضار) :وهو الذي يتكفل بأن يحضر الطرف الذي كفله عند القاضي في اليوم المحدد وإذا وصل الطرفان إلى القاضي ينتهي دور هذا الكفيل .

(٤)كفيل (الكفلا) : عندما تكون هناك قضايا كبيرة وعويصة[1] يعين كفيل زيادة على الكفلاء السابقين ويسمى كفيل كفلاء ، ومهمته أيضا الكفالة زيادة على الكفلاء السابقين ، وذلك حتى يطمأن الخصوم من ضمان الحقوق وإنهاء القضية ، و الرجوع إليه من أحد المتخاصمين إذا قصر كفيله الأصلي في تحصيل حقوقه من خصمه أو حمايته من المتضرر .

(٥)كفيل (فك رزقة وحق) : وهو الذي يتكفل بدفع كل الحقوق على الذي كفله في حالة خسارته للقضية ، بالإضافة لقيمة الرزقة الذي دفعها قبيل من كلفه ، وأيضا يطلق على هذا النوع من الكفل اسم (كفيل صملان) أي أنه يصمل الحق أي "يدفع ما تبقى من حق بعد إنهاء المشكلة".

(٦)كفيل (إنحاء) : وهو أن يتعهد الكفيل للطرف الرابح بأن ينحي أو يبعد الطرف الخاسر عن الطرف الرابح وعدم التعرض له ، وليس لهذا الكفل صفة إلزامية بدفع الحقوق المترتبة على من كفله[2].

ملاحظة : مهما تعددت الأسماء للكفالة في العرف فإنها لا تخرج عن مضمون الكفالة والتي تنقسم إلي قسمين كفالة بالمال وكفالة بالنفس ، وإما إطلاق الأسماء عليها لتحديد عمل كل كفيل ، فمثلا نقول (كفيل الجمع) أي لجمع الأطراف عند القاضي وهكذا فالأسماء لتحديد عمل الكفلاء .

شروط الكفيل في العرف :

(١) أن يكون على قدر الالتزام (وذلك أن لا يكون قصَّر في أداء كفل سابق) .

(٢) أن لا يكون (مكبور) أي لا يكون من هو أكبر منه من خمسته ، ويجوز له الكفل إذا إذن له (الكبير) بالكفل .

ملاحظة : يكاد هذا الشرط أن يلغي لأنه متى وجد من وفي بكفالته مرات عدة ، يستطيع الكفل وإن كان له (كبير) ، لثقة الناس به على قدرته في أداء الكفالة .

[1] - وهذا النوع من الكفالة يكون في قضايا الدم .

[2] - عارف العارف : القضاء عند البدو (٩٢) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (١٤) ، ثابت : القضاء العشائري (٤٤) ، غيث : قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي (٦٠)، مقابلات مع بعض رجال العرف .

(٣) أن تكون من طرف محايد ، وأن لا يكون من خمسة المكفول[١].

ثالثا : لسان الحال أو الكبير في القضاء العرفي :

هو من يتكلم بلسان الخصم وسمي بلسان الحال لأنه يتكلم ويحتج ويجادل عن الخصم ، وأيضا يسمى في العرف (بالكبير) لأنه يكبر للخصم ويتكلم نيابة عنه.

ومن صفات (لسان الحال) المهارة في التحدث و الإقناع والجدل ،وغالبا ما يكون لسان الحال مختار أو رجل على درجة من العلم في القضاء العرفي ، وليس شرطا أن يكون الكبير اكبر سننا ممن يتحدث عنهم (الخصم)فقد يكون أصغر سننا ويسمى كبيرا، وذلك نظرا لتوفر صفات تمكنه من المخاصمة والاحتجاج في مجلس القضاء العرفي[٢] .

---

[1] - عارف العارف : القضاء عند البدو (٩٢) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (١٤) ، ثابت :القضاء العشائري (٤٤) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - الحشاش : قضاة العرف والعادة (١٨) ، ثابت : القضاء العشائري (٧٢) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

المطلب الثاني

إجراءات التقاضي في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية

عند النظر في هذه الإجراءات والتي كانت على النحو التالي .

- الرزقة وأنواعها .
- الكفالة وأنواعها .
- لسان الحال أو الكبير .

وسنعمل على تبين الحكم الشرعي فيها .

أولا: الكفالة ومشروعيتها

الملاحظ في الكفالة في القضاء العرفي تتقسم إلى نوعين من الكفالة ، كفالة بالنفس[1]وكفالة بالمال[2].

قبل تبين الحكم الشرعي في الكفالة العرفية كان لابد من تبين أنواع الكفالة في الشرع .

الكفالة نوعان[3]:

الأول:الكفالة بالنفس: وتعرف بضمان الوجه، وهي التزام الكفيل بإحضار الشخص المكفول إلى المكفول له.

كان تقول أنا كفيل أو ضامن فلان أو ببدنه أو وجهه وهذا الأمر جائز ، فيطالب الكفيل بإحضار المكفول إلى المكان المتفق عليه ، فإن كان المكفول غائبا أو لديه عذرا أمهل الكفيل ، وإن كان حاضرا أو ليس لديه عذرا أجبر الكفيل على إحضاره ، و لزمه ذلك فإن تعذر عليه إحضاره مع حياته أو امتنع الكفيل عن إحضاره غرم ما عليه، لقوله r : " الزعيم غارم "[4].

و الكفالة بالنفس تنتهي بما يأتي:

(١) تسليم المكفول إلى الجهة المتفق عليها .

(٢) إبراء الكفيل من الكفالة من قبل المكفول له .

(٣) موت المكفول وعليه لا يطالب بالكفالة لان الأصيل مات فإذا بطل الأصل بطل الفرع [5].

الثاني :الكفالة بالمال: هي التي يلتزم فيها الكفيل التزاما ماليا،وهي ثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار[6].

---

[1] - مثل كفيل (جمع وإحضار – كفيل إنحاء) .

[2] - مثل كفيل (الدفا- الوفا- كفيل كفلا) .

[3] - السرخسي : المبسوط (٣/٢٠) ، ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢٩٥/٢) ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٢٦٩/٢) ، ابن قدامة : المغني (١٠٥/٥).

[4] - الإمام أحمد :المسند (٥/ ٢٦٧) رقم الحديث ٢٢٣٤٩ .تعليق شعيب الأرنؤط حديث حسن .

[5] - الكاسائي : بدائع الصنائع (١٢/٦ وما بعدها) ، الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (١٥٣/٢ وما بعدها) ، الدسوقي :حاشية الدسوقي(٣٤٥/٣) ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٢٦٩/٢) ، ابن قدامة : المغني (٧٠/٥).

[6] - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢٩٥/٢) .

و الكفالة بالمال تنهي بما يأتي:

(١) إعطاء المكفول له حقه أي المال سواء أكان من الكفيل أم من الأصيل .

(٢) إبراء الكفيل من الكفالة أو إبراء الأصيل من قبل المكفول له .

(٣) الصلح أي أن يصالح الكفيل أو الأصيل الدائن [١].

والناظر على الكفالة في العرف يرى أنها لا تخرج عن الكفالة في الشرع ، لان الكفالة في العرف إما كفالة بالنفس وإما كفالة بالمال .

وعلى ذلك نرى مشروعية الكفالة في القضاء العرفي ، وذلك بالأدلة الدالة على مشروعية الكفالة[٢] .

وعلي ذلك يتفق القضاء العرفي مع القضاء الشرعي في جواز الكفالة .

ثانيا: الرزقة ومشروعيتها :

الناظر إلى واقع (الرزقة أو الجُعلة) إنها تدور بين إعطاء المال مقابل القضاء ، أو من قبيل إعطاء المال مقابل فعل معين[٣] وهو ما يسمى في الشرع (الجعالة)[٤] .

أولا : إذا كان من باب القضاء :

ذهب الفقهاء إلى جواز أخذ المال مقابل القضاء ، قال ابن قدامة "ولا نعلم فيه خلافا"[٥] ، وقالوا إن الناس بحاجة إليه ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق ، ولأنه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم[٦] .

ويقول ابن قدامة أيضا :" فإن لم يكن للقاضي رزق فقال للخصمين لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقا عليه جاز "[٧]

---

1 - انظر: الكاسائي : بدائع الصنائع (١٢/٦ وما بعدها ، الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (١٥٣/٢ وما بعدها)، ابن قدامة : المغني (١٠٥/٥ وما بعدها) ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٢٦٩/٢ وما بعدها) .

2 - **مشروعية الكفالة :**

- قال تعالى **(** وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ**)** سورة يوسف : جزء من الآية (٧٢).
يقول ابن كثير **:**(ولمن جاء به حمل بعير) وهذا من باب الجعالة (وأنا به زعيم) وهذا من باب الضمان والكفالة. ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (٢٣٢/٤).

- عن أبي أمامة قال : سمعت النبي **r** يقول في الخطبة عام حجة الوداع العارية مؤداة **والزعيم غارم** والدين مقضي. الترمذي : سنن الترمذي (٣٠١) رقم الحديث١٢٦٥ وقال عنه حديث حسن صحيح

- وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع ، و إذا ثبت هذا فإنه يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد. ابن قدامة: المغني (٧٠/٥)

3 - مقابل الصلح أو التحكيم .

4 - **والجعالة لغة**: **الجُعْلُ** بالضم ما جعل للإنسان من شيء على فعل. انظر: الرازي: مختار الصحاح (٦٩) ، الفيومي: المصباح المنير (٦٥) ، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٢٦٢).
والجعالة اصطلاحا : التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٥٨٢/٢).

5 - ابن قدامة: المغني (٣٧٧/١١) .

6 - الزيلعي: نصب الراية (٤/ ٢٨٦) ، الخرشي : شرح مختصر خليل (١٤٢/٧) ، الشافعي : الأم (٢٢٥/٦) ، ابن قدامة: المغني (٣٧٧/١١) ، ابن حزم : المحلى (٤٣٥/٩) مسألة١٨٠٨ .

7 - ابن قدامة: المغني (٣٧٧/١١) .

ثانيا : إذا كان من باب الصلح[1] أو التحكيم :

والناظر إلى تعريف الجعالة هو اعطاء مال مقابل عملٍ معينٍ وهو جائز شرعا ، فإن القاضي يقدم جهدا ألا وهو التحكيم أو الصلح فيجوز له اخذ ذلك .

يقول ابن قدامة : وذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق **وغيرهما جائزة** وقال أيضا **ولا نعلم فيه مخالفا** والأصل في ذلك قول الله عز وجل **(**وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ **)**[2]وحديث أبي سعيد[3].... ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك[4] .

وبما أن القاضي يعمل عملا معين فإنه يستحق على عمله أجرة(جعل) .

وعلى ذلك نري جواز أخذ الرزقة مقابل قضائهم بين الناس ولكن بشروط .

(١) ألا يكون العمل الذي يقوم به القاضي العرفي مخالفا للشرع[5] .

(٢) ألا تكون الأجرة أكثر بكثير من القضية كلها لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل[6] .

(٣) ألا يكون له راتب على هذا الأمر الذي يقوم به ، فإن كان له راتب من جهة معينة لأجل هذا الأمر (الإصلاح بين الناس) فانه لا يجوز له أخذها لأنه قد أخذ أجره من تلك الجهة.

وبناء على ما تقدم نرى اتفاق العرف مع الشرع في أخذ مال مقابل الجهد الذي يؤديه .

---

1 - الحقيقة أن القاضي العرفي يحتاج إلى كثير من المصاريف وذلك كركوب السيارات للصلح بين الناس، تفريغ الوقت لذلك.

2 - سورة يوسف : جزء من الآية (٧٢) .

3 - عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه :أن ناسا من أصحاب النبي r أتوا على حي من أحياء العرب فلم يقروهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل معكم من دواء أو راق ؟ فقالوا إنكم لم تقرونا ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلا فجعلوا لهم قطيعا من الشاء فجعل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ فأتوا بالشاء فقالوا لا نأخذه حتى نسأل النبي r فسألوه فضحك وقال : وما أدراك أنها رقية خذوها واضربوا لي بسهم - البخاري: الجامع الصحيح (٦/ ١٨٧) رقم الحديث ٥٠٠٧، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٧٢٧/٤) رقم الحديث ٢٢٠١ .

4 - ابن قدامة: المغني (٣٧٥/٦) .

5 - مثل محاباة شخص على شخص ، أو أن يكون صلحا يحرم حلالا أو يحل حراما .

6 - وهذا قد يلاحظ على كثير من القضاة العرفيين ، وذلك كأن تتأتي قضية على مال مثلا ، فيأخذ على عمله مال ما يقارب ربع أو نصف المال المتنازع عليه .

ثالثا : الكبير(لسان الحال) ومشروعيته :

لسان الحال في العرف هو رجل ينوب عن الخصم في الإدعاء والمجادلة في الديوان بدلا عن موكله ،وعند البحث وُجدت هذه المسالة عند الفقهاء وهي ما تسمى **(الوكالة بالخصومة)**[1] ، وهي أن توكل أي شخص لينوب[2] عنك في المخاصمة والمجادلة أمام أي جهة كانت ، وعليه يجوز ما يسمى في القضاء العرفي (لسان الحال) للأدلة التالية :

(١)وفي **مسند الإمام أحمد** :من حديث طويل عن كعب بن مالك..... وقد قال رسول الله **r** أخرجوا إلي منكم أثني عشر نقيبا يكونون على قومهم فأخرجوا منهم أثني عشر نقيبا[3].

وجـه الدلالـة من هذا الحديث : أن النبي **r** أمر الأنصار بإخراج النقباء ليتكلموا باسم الأنصار وهي من قبيل الوكالة بالرأي ، وعلى هذا فأن الوكالة بالخصومة هي من قبيل الوكالة بالرأي .

(٢) عن جهم بن أبي الجهم عن عبد الله بن جعفر قال :" كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني"[4].

(٣) عن جهم عن علي رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة فقال : "إن للخصومة قحما قال أبو عبيد قال أبو الزياد القحم المهالك"[5].

وجـه الدلالـة من هذه الأحاديث أن على رضي الله عنه أناب عنه في الخصومة مما يدل على جواز ذلك

(٤) **يقول ابن قدامة** بعد ذكر الآثار عن علي رضى الله منه "وفيه إجماع للصحابة"[6].

(٥)**وذكر ابن حزم في المحلى** :ما نصه " مسألة الوكالة جائزة في القيام على الأموال،والتذكية،وطلب الحقوق وإعطائها"[7].

وهذا كله يدل على جواز الوكالة بالخصومة .

وبناء على ما تقدم يتفق القضاء العرفي مع القضاء الشرعي على ما يسمى(لسان الحال) .

---

[1] - ابن نجيم : البحر الرائق (٧/ ١٧٨) ، القرافي :الذخيرة (٥/٨) ، الدسوقي : حاشية الدسوقي (٣/ ٣٧٨) ، الشيرازي : المهذب (٤٨٥/١) ، ابن قدامة : المغني (٢١٨/٥) .

[2] - جاء في المادة (١٥١٦)"لكل من المدعي والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضاء الآخر " علي حيدر : درر الحكام (٣/ ٦٤٨) .

[3] - الإمام احمد : المسند (٣/٤٦٠) رقم الحديث ١٥٨٣٦. تعليق شعيب الأرنؤوط حديث حسن .

[4] - البيهقي : السنن الكبرى (٨١/٦) رقم الأثر ١١٢١٩ وحكم عليه الزيلعي في نصب الراية بالصحة (١٢١/٤) ، وقد أفرد البيهقي في سننه الكبرى بابا سماه" باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة، ابن أبي شيبة : المصنف (٥/٥) رقم الأثر ٢٣١٧٧) وأفرد باب بعنوان "الوكالة في الخصومة" وذكرا فيه بعض الأحاديث.

[5] - البيهقي : السنن الكبرى (٨١/٦) رقم الأثر ١١٢٢٠ وحكم عليه الزيلعي في نصب الراية بالصحة (١٢١/٤) .

[6] - ابن قدامة : المغني (٢٠٤/٥) .

[7] - ابن حزم : المحلى (٨/ ٢٤٤) مسألة رقم ١٣٦٢ .

المبحث الثالث

إصدار الحكم

ويحتوي على مطلبين

المطلب الأول : إصدار الحكم في القضاء العرفي .

المطلب الثاني : مقارنة بين إجراءات إصدار الحكم في القضاء العرفي وإصدار الحكم في القضاء الشرعي .

المطلب الأول

إجراءات إصدار الحكم في القضاء العرفي

إصدار الحكم في القضاء العرفي يتم بعد الإطلاع على مجريات القضية وله عدة صور :

أولا : عرض الصلح على الطرفين

بعد سماع القاضي حجج الطرفين ، يقوم بعرض الصلح على المتخاصمين ، وذلك بأن يتيح الفرصة للمتخاصمين للصلح ،ويستثير (المحلية) [١] للإصلاح بين الطرفين ، فإن اصطلحا على شيء معين يتم الاتفاق عليه بعد ذلك ، وإن لم يصطلحا فإنه يتم بعد ذلك إصدار الحكم .

وقد يكون للصلح حالات وقد بينا هذه الحالات كما مر [٢].

ثانيا : إصدار الحكم :

الحكم لغة : القضاء يقال قضى يقضي قضاء فهو قاضي إذا حكم وفصل ، وقضاء الشيء: إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه [٣].

الحكم اصطلاحا : "قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها" [٤] .

بعد إطلاع القاضي العرفي على مجريات القضية يتم إصدار الحكم وذلك إذا لم يرض الطرفان بالصلح ، وإصدار الحكم له حالات :

الحالة الأولى : إصدار الحكم من القاضي مع تحديده ويسمى في العرف (حق ركبة) أي خروج الحق فورا ، وبعد إصدار الحكم يجب على المدعى عليه دفع الذي عليه دون نقاش ولا جدال ودون شفعة في حقه .

الحالة الثانية : إصدار الحكم من القاضي العرفي ويكون فيه الجاه والوجه وله صورتان :

الصورة الأولى : بأن يتم تحديد الحق من قبل القاضي العرفي ويترك بعد ذلك المجال للجاه والوجه للتدخل في الشفعة في تقليله .

الصورة الثانية : وهو أن يترك إصدار الحكم للمجني عليه في تحديد الحق ، وصورة ذلك أن يذهب الجاني إلى منزل المجني عليه ، وعليه يتم إصدار حكم من قبل المجني عليه ، ربما يكون مبلغ كبير من المال أو أن يكون أمرا معنويا [٥] ، فيكون الحق الذي عليه مثلا عشرون ألف دينارا فيهن الجاه

---

1 - مصطلح عامي يستخدم في العرف للتعبير عن الأشخاص ذوي الصلة المقربة من الأشخاص والأصدقاء والذين يجلسون للاستماع للقضية من غير الخصوم.

2 - انظر : انظر إجراءات الصلح من جهة المعتدي صفحة (١٠٩) .

3 - الفراهيدي: العين(١٨٥/٥)، الرازي: مختار الصحاح (٢٥٠)، ابن منظور: لسان العرب (١٨٦/١٥) ،الفيومي: المصباح المنير (٣٠١) ، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٧٠٨)

4 - علي حيدر :درر الحكام (٤/ ٥١٩) المادة (١٧٨٦) .

5 - كأن يعتذر في مكان عام أو في بعض الدواوين .

والوجه فيقوم الموجدون بالشفعة في هذا المبلغ إلى أن يصبح مبلغا معينا ، أو أن يبقى مبلغ معين يكون في عرض الكفيل[1] .

والشفعة[2] تكون على النحو التالي ، **وذلك** عندما يحكم على شخص ما ، ويكون الحكم قاسيا على الجاني خصوصا في أحكام المنشد أو في الأحكام التي يتحمل الجاني قدر كبير من المال ، فيتدخل رجال الإصلاح والكفلاء للشفاعة وطلب تخفيف الحق من صاحب المحكوم له في القضية ، حتى يتسنى للجاني القدرة على دفع الحق الذي وجب عليه ، فيقولون كم لله والرسول فيقول صاحب الحق لهما عشرون ألف ، ثم يقولون كم لفلان فيقول كذا من المال وهكذا حتى يتم تقليص المبلغ إلى أن يستطيع الجاني الدفع أو أن يوضع مبلغ معين في عرض الكفيل بحيث إن عاد يدفع هذا المبلغ من المال[3] .

ملاحظة : الأحكام الصادرة كلها تقديرية حسب ما يرها القاضي العرفي .

---

1 - مقابلات مع بعض رجال العرف .

2 - الشفاعة لغة : مأخوذة من مادة شفع، فالشفع: خلاف الوتر ، وشفعت له، إذا كنت شافعا له متوسلا، فأنا شافع له وشفيع انظر: الفراهيدي : العين (٢٦٠/١) ، الرازي: مختار الصحاح (١٦٨)، ابن منظور : لسان العرب (١٨٣/٨) ، الفيومي: المصباح المنير (١٩١) ، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (٩٤٨) .

2 - مقابلات مع بعض رجال العرف

3 - مقابلات مع بعض رجال العرف .

المطلب الثاني

مقارنة بين إصدار الحكم في القضاء العرفي وإصدار الحكم في القضاء الشرعي

عند النظر في الإجراءات التي يتخذها القاضي العرفي تتمثل في عدة أمور .

- الصلح
- أهلية إصدار الحكم ، وهي تتمثل بأن يكون القاضي العرفي أهلا لإصدار الحكم .
- مستند الأحكام في القضاء العرفي كلها تقديرية .
- دور الشفاعة في تخفيف الحقوق .

أولا : الصلح :

قد بُين ذلك في مشروعية الصلح كما تقدم[١] وعليه لا خلاف بين الشرع والعرف في هذه الصورة .

ثانيا :أهليه إصدار الحكم :

– كما تقدم أن القاضي العرفي يستمد سلطة إصدار الأحكام من رضا الخصوم بالتحاكم والصلح عنده[٢].

– أما في الشرع فإن السلطة مستندة إلى قوة الإمام إذا كان الأمر متعلق بالقضاء ، أما إن كان الأمر **(تحكيم أو صلح)** فإن سلطة إعطاء الأحكام مستمدة من رضا الطرفين[٣] .

ومما تقدم يتبين أن القضاء العرفي يتفق مع الشرع في أهلية إصدار الحكم ، وهذه الأهلية تكمن في تفويض المتخاصمين للقاضي ، فرضا الخصوم هو الذي يعطي المحكم أو المصلح أو القاضي العرفي أهلية إصدار الحكم[٤].

ثالثا : المصدر المستند إليه في إصدار الحكم :

– في القضاء العرفي فإن المصدر المستند عليه في إصدار الحكم هو العرف والشريعة الإسلامية كما تقدم[٥] ، فإذا كان الدائرة المتاحة للقضاء العرفي التحكيم والصلح ، وكما بينا أن الدائرة الأوسع للقضاء العرفي هي دائرة الصلح ، فالتحكيم في القضاء العرفي مصدره العرف والشريعة ، ومستند الصلح في العرف هي إرادة ورضا المتصالحين[٦] .

---

1 - انظر صفحة (١٥) .
2 - انظر صفحة (١٦) .
3 - انظر صفحة (١٤) .
4 - انظر صفحة (١٤-١٦) .
5 - انظر صفحة (١٤-١٦) .
6 - انظر صفحة (١٦) .

- و في القضاء الشرعي فالمصدر في القضاء والتحكيم هي الشريعة الإسلامية ، والمصدر في الصلح هي إرادة ورضا المتخاصمين بما يوافق الشرع ، بل أن الشرع يراعي العرف كما قدمنا سابقا[١] .

ومما تقدم يتبين توافق العرف مع الشريعة الإسلامية في الصلح إلا في الصلح الحرام[٢] ، بينما يختلف مع القضاء العرفي في التحكيم فالأصل في التحكيم في الشرعي هو الشرع ، والأصل في التحكيم العرفي هو العرف، إلا في بعض القضايا كديات الأطراف والقصاص وغير ذلك[٣] .

ولذلك يجب أن تكون الأحكام الصادرة من القضاة العرفيين موافقة للحكم الشرعي إذا كانت المسألة تتعلق بالتحكيم[٤] ، وان لا تخالف شروط الصلح إذا كانت المسألة مسألة صلح[٥] .

ولنضع بعض الضوابط :

- أن لا يكون الحكم مخالفا للكتاب أو السنة أو الإجماع إذا كانت المسألة مسألة تحكيم[٦] .
- يجب في القضاء العرفي أن يكون عن رضا الطرفين لأن عقد الصلح عقد مراضاة[٧] ، وكذلك التحكيم[٨].

رابعا :دور الشفاعة في تخفيف الحقوق :

الشفاعة : في القضاء العرفي هي التوسل لأجل الجاني لتخفيف الحكم عنه ، وعليه يمكن حصر البحث في نقاط :

١. الشفاعة في الحقوق .
٢. مدى مشروعية قولهم في الشفاعة (كم لله والرسول) .

وقد قسم العلماء الشفاعة في الشرع إلى نوعين .

النوع الأول : الشفاعة في الحدود .

النوع الثاني : الشفاعة لأصحاب الحاجات أو في الحقوق التي توجب التعزير .

أولا : الشفاعة في الحدود .

ذهب العلماء إلى أن الحد إذا وصل إلى الإمام لا يجوز الشفاعة فيه .

وذلك للأحاديث التالية :

(١) ما روته عائشة رضي الله عنها: "أن قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا من يكلم رسول الله r ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلم رسول الله r فقال

---

1 - انظر صفحة (٢٤) .
2 - انظر صفحة (١٦) .
3 - سيأتي تفصيل القول في ديات الأعضاء ، والقصاص .
4 - انظر الفرق بين التحكيم و القضاء الشرعي صفحة (١٣) .
5 - انظر صفحة (١٥).
6 - ابن فرحون : تبصرة الحكام (٨٦/١) ، ابن نجيم : الأشباه والنظائر حنفي(١٠٥) ، السيوطي : الأشباه والنظائر- شافعي (٢٤١/١) ، ابن قدامة : المغني (٤٠٤/١١) .
7 - انظر: شروط الصلح صفحة (١٥).
8 - انظر: الفرق بين القضاء العرفي والتحكيم صفحة (١٤).

: أتشفع في حد من حدود الله . ثم قام فخطب قال: يا أيها الناس إنما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها"[1].

(٢) ما رواه صفوان بن أمية أنه : "سرقت خميصته من تحت رأسه وهو نائم في مسجد النبي **r** فأخذ اللص فجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بقطعه فقال صفوان أتقطعه قال فهلا قبل أن تأتيني به تركته"[2].

يقول الإمام النووي : "وقد أجمع العلماء على تحريم الشفاعة في الحد بعد بلوغه إلى الإمام"[3] .

ويقول ابن عبد البر : "إن السلطان لا يحل له أن يعطل حدا من الحدود التي لله عز وجل إقامتها عليه إذا بلغته"[4] .

ويقول أيضا : "لا أعلم بين أهل العلم اختلافا في الحدود إذا بلغت إلى السلطان لم يكن فيها عفو لا له ولا لغيره"[5] .

وذهب العلماء أيضا إلى أن الحد إذا لم يصل إلى الإمام يجوز الشفاعة فيه .

وذلك للأحاديث التالية.

* حديث صفوان وفيه(فهلا قبل أن تأتيني به تركته) وهذا يدل على جواز الشفعة قبل وصول الإمام.

* عبد الله بن عمرو بن العاص: أن رسول الله **r** قال " تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب"[6].

*أن الزبير بن العوام لقي رجلا قد أخذ سارقا وهو يريد أن يذهب به إلى السلطان فشفع له الزبير ليرسله فقال لا حتى أبلغ به السلطان فقال الزبير "إذا بلغت به السلطان فلعن الله الشافع والمشفع"[7].

قال ابن عبد البر : "أدخل مالك خبر الزبير بيانا لحديث صفوان لأن السلطان لا يحل له أن يعطل حدا من الحدود التي لله عز وجل إقامتها عليه إذا بلغته كما ليس له أن يتجسس عليها إذا استترت عنه وبان الشفاعة في ذوي الحدود حسنة جائزة وان كانت الحدود فيها واجبة إذا لم تبلغ السلطان وهذا كله لا اعلم فيه خلافا بين العلماء وحسبك بذلك علما"[8] .

---

1 - البخاري : الجامع الصحيح (١٧٥/٤) رقم الحديث ٣٤٧٥، الإمام مسلم : صحيح مسلم (١٣١١/٣) رقم الحديث ١٦٨٨.

2 - النسائي :سنن النسائي (٧٤٤) رقم الحديث ٤٨٨٤ ، ابن ماجة : سنن ابن ماجة (٤٤١) رقم الحديث ٢٥٩٥وصححه الألباني .

3 - الإمام النووي : شرح صحيح مسلم (٣٣٠/١١) .

4 - ابن عبد البر : الاستذكار (٥٤٠/٥) .

5 - ابن عبد البر :التمهيد (٢٢٤/١١) .

6 - النسائي :سنن النسائي (٧٤٥) رقم الحديث ٤٨٨٦ ، أبي داود: سنن أبي داود (٦٥٣) رقم الحديث ٤٣٧٦ وحسنه الألباني.

7 - الإمام مالك : الموطأ (٤٨٩) .

8 - ابن عبد البر : الاستذكار (٥٤٠/٥) .

ثم ساق أدلة كثيرة على هذا الأمر[1] .

وعلى ذلك ما يفعله القضاة العرفيون من الإصلاح في الأمور التي توجب حدا مثل " رد السرقة إلى أصحابها " جائز شرعا لأن عملهم هو الإصلاح ، وليس إقامة الحد لأنه مختص بالإمام ، والصلح في هذه الأمور جائز قبل الوصول للإمام .

ثالثا : الشفاعة في الحقوق أو في الحقوق التي توجب التعزير .

أ- الشفاعة في الحقوق[2] .

وهي جائزة وذلك لما يأتي :

عن أبي موسى قال:كان النبي r إذا أتاه السائل وربما قال جاءه السائل أو صاحب الحاجة قال: اشفعوا فلتؤجروا ويقضي الله على لسان رسوله ما شاء[3] .

يقول أبو الطيب (العظيم آبادي) : "إذا عرض المحتاج حاجته علي فاشفعوا له إلي فإنكم إن شفعتم حصل لكم الأجر سواء قبلت شفاعتكم أم لا ، واللام في قوله لتؤجروا هي لام التعليل ذكره الحافظ (وليقض الله على لسان نبيه ما شاء) أي إن قضيت حاجته من شفاعتكم له فهو بتقدير الله وإن لم أقض فهو أيضا بتقدير الله"[4].

ب – **الحقوق التي توجب تعزيرا .**

هي جائزة شرعا يقول الإمام النووي :"وأما المعاصي التي لا حد فيها وواجبها التعزير فتجوز الشفاعة والتشفيع فيها سواء بلغت الإمام أم لا لأنها أهون ثم الشفاعة فيها مستحبة"[5].

وعلى هذا ما يفعله رجال الإصلاح والكفلاء من شفاعة في الحقوق جائزة شرعا .

ثانيا : مدى مشروعية قولهم في الشفاعة (كم لله والرسول) .

كثيرا ما تسمع في عملية الشفعة في الحقوق ابتداء الشفعة بقولهم **(كم لله والرسول)** لان هذا الأمر له النصيب الأكبر في تقليل الحق ،وأيضا كثيرا ما نسمع أن هذا الأمر لا يجوز لان الله ورسوله ليس بحاجة إلى هذا المال وبالتالي هذا الأمر حراما ولا يجوز التلفظ به .

مشروعية ذلك :

نقول إن الأمر بخلاف ما يتصوره البعض إذ أن الباحث في حقيقة هذا الأمر يجد أن المتبرع لا يقصد أن الله ورسوله بحاجة للمال ، وإنما يقصد به تبرعا من اجل الله ورسوله ، فهو أطلق لفظا غير معتبر ظاهره ويضمر أمرا آخر غير المراد في الظاهر، فإذا كان الأمر كذالك فهو جائز شرعا ، وذلك أننا

1 - انظر :ابن عبد البر : الاستذكار (٥/٥٤٠ وما بعدها) .
2 - أي التوسل لصاحب الحق لكي ينقص من حقه أو أن يعفوا عن الجاني .
3 - البخاري : الجامع الصحيح (٢/ ١١٣) رقم الحديث ١٤٣٢ ، الإمام مسلم : صحيح مسلم (٤/٢٠٢٦) رقم الحديث ٢٦٢٧
4 - العظيم آبادي : عوم المعبود (١٤/ ٢٨) .
5 - الإمام النووي : شرح صحيح مسلم (١١/٣٣٠) .

كثيرا ما نقول إن المسجد بيت الله فهل يتصور أن الله في داخل المسجد ومتجسد به لا شك من قال بذلك يكفر ولكن هو يعرف أن المسجد مكان يعبد الله فيه .

وهذا نظير قوله تعالى: **(**مَّن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ**)**[١] .

فمن قال أن الله يقرض فهو كافر ولكن المقصود هو الإنفاق على الفقراء .

فقد روى من طريق عن أنس قال : لما نزلت هذه الآية **(**لَن تَنَالُواْ الْبِرَّ حَتَّى تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ**)**[٢] أو **(** مَّن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللّهَ قَرْضاً حَسَناً**)**[٣] قال أبو طلحة وكان له حائط فقال يا رسول الله حائطي لله ولو استطعت أن أسره لم أعلنه فقال اجعله في قرابتك"[٤] .

وهذا نظائره كثير في الكتاب والسنة وعلى ذلك جواز قول كم لله وسوله.

---

[1] - سورة البقرة : الآية (٢٤٥) .
[2] - سورة آل عمران :جزء من الآية (٩٢) .
[3] - سورة البقرة :جزء من الآية (٢٤٥) .
[4] - الترمذي : سنن الترمذي (٦٧١) رقم الحديث ٢٩٩٧ وقال عنه حديث حسن صحيح وصححه الألباني.

المبحث الرابع

العدف (الاستئناف)

ويحتوي على مطلبين

المطلب الأول : حالات العدف (الاستئناف) في القضاء العرفي

.

المطلب الثاني : حالات العدف (الاستئناف) في القضاء العرفي مقارنة بالشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

حالات العدف (الاستئناف) في القضاء العرفي

أولا : تعريف العدف لغة :

مأخوذ من مادة عدف ، وتأتي بعدة معاني نذكر منها :

– العدف : الأكل .

– العدف : قذى العين.

– العدفة : ما بين العشرة إلى الخمسين .

– العدف : القطعة من الليل .

– العدف : التجمع والجمع ، والعدف جمع عدفة أي يلم ما تفرق منه[١].

العدف اصطلاحا(أي في اصطلاح العرف) :

هو عرض القضية على جهة أخرى مرة ثانية للنظر فيها[٢] .

فالعدف في العرف يشبه الاستئناف ولذلك كان لابد من تعريف الاستئناف ومعرفة حكمه الشرعي .

فالاستئناف لغة : مأخوذ من مادة أنف .

الأنف: معروف، ويقال: ائْتَنَفتُ الأمر، واستأنفته، إذا استقبلته، وهو من: أنف الشيء ، وأَنْف كل شيء: أوَّلُه، يقال: هذا أَنْف الشدّ، أي أوله، وأنف البرد: أوله؛ وأنف المطر: أول ما أنب[٣].

والاستئناف اصطلاحا :

الاستئناف : يراد بها عرض القضية على هيئة قضائية أعلى من الهيئة التي نظرتها لأول مرة وتكون الهيئة الثانية (محكمة استئناف) متمتع بالخبرة الواسعة والفهم الدقيق لمسائل القضاء ، وتكون كذلك أكثر عددا من الأولى [٤].

ثانيا : حالات العدف (الاستئناف) في القضاء العرفي :

إذا أصدر القاضي الحكم ورضي به الطرفان بها ونعمت ، وان لم يرض به احد الأطراف يتم الاستئناف ويكون في الحالات التالية :

١.عدم الرضا بحكم القاضي وكان مع القاضي إخوانه (القاضي وإخوانه)[٥] .

---

1 - الأزهري : تهذيب اللغة (١٣٣/٢) ، ابن منظور : لسان العرب (٢٣٥/٩).

2 - انظر إلى العدف في العرف صفحة (١٣٦) .

3 - الرازي: مختار الصحاح (٣٦) ، ابن منظور: لسان العرب (١٢/٩) ،الفيومي: المصباح المنير (٢١)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٠٢٥) .

4 - أبو البصل : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (٢١٥) ، التكروري : الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (١٣٩) ، محمد الزحيلي : أصول المحاكمات الشرعية والمدنية (٢٦٧)

5 - أي يكون مع القاضي قاضيان أخريان .

٢.عدم الرضا بحكم القاضي وكان القاضي (واحد وحيد)[١] يتم مقاضاة القاضي في حكمه عند ثلاث (إكبار) في حكمه .

٣.في حالة التفويل : أن يقوم رجل من (خمسته)[٢] ويكون اكبر منه سنا بعد انتهاء القضية والحكم فيها أو أثناء عملية التقاضي بتفويل أحد الخصوم الذي بينه وبينه قرابة بأنه لا يملك صلاحية إنهاء القضية[٣].

الإجراءات القضائية في هذه الحالات :

الحالة الأولى :

عدم الرضا بحكم القاضي وكان مع القاضي إخوانه (القاضي وإخوانه) .

وهو أن يخط القاضي غيره معه أي (قاضي وإخوانه) معه ،ويسمي لكل طرف القاضي الذي يريده هو ويسمى معدوف ، وذلك عندما لا يقبل أي طرف بالحكم الذي يصدره ،يتم تحويله إلى القاضي المسمى من قبله(أي من قبل الخصم) ويسمى (المعدوف).

ثم يذهب الطرفان إلى القاضي الثاني ، ويتم التقاضي عنده ، وبنفس الحجج الأولى عند القاضي الأول ، وأي تغير في الحجج يتم الاعتراض عليها ، وبناء على ذلك يتم الرجوع إلى القاضي الأول ، فإن تبين أي تغير في حجة أحد الأطراف يعتبر هذا كذب ويعتبر صاحبه (مفلوج)[٤] ، وإن صارت بنفس الحجج إما أن يؤيد حكم القاضي الأول ويقول (الحكم بشده ما بهده)[٥] وهذا غالبا ما يحصل ، وأما أن يعطي حكما جديدا ، فإن أعطى حكما جديدا لصالح (المفلوج) ، يكون المرجح القاضي الثالث ، فمن حكم لصالحه القاضي الثالث يكون هو من كسب القضية .

الحالة الثانية :

عدم الرضا بحكم القاضي وكان القاضي (واحد وحيد) يتم مقاضاة القاضي في حكمه عند ثلاثة قضاة (إكبار) في حكمه .

ويتم الإجراء التالي :إذا لم يرض أحد الطرفين بحكم القاضي وكان القاضي(واحد وحيد) فيتم اعتراض على هذا الحكم وذلك بالإجراء التالي، يتم إرسال بدوة رسمية إلى القاضي الذي أصدر الحكم بأن يجلس له عند ثلاث إكبار في الحكم الذي خرج من عندك ، وأنه ليس على حق ، ويجلس المتظلم والقاضي عند القاضي الآخر ويتم مناقشة حكمه الذي صدر من عنده ، فإن خرج أن هذا القاضي عادل في حكمه وأنه لا سبب في ادعائه فإن الجرم الذي يلحق المتظلم كبير جدا لدرجة يمكن أن يصل الحكم عليه(منشد) .

---

1 - أي لا يحكم في القضية غيره .

2 - خمسة الرجل : هم الذين يلتقون مع هذا الرجل في الجد الخامس .

3 - مقابلات مع بعض رجال العرف .

4 - أي خاسر للقضية .

5 - أي يتمم الحكم الأول .

وإن خرج قول المتظلم هو الصحيح ، فإنه يكفي أن يذاع عن القاضي أن قضاءه غير صحيح وهذا بمثابة السهم القاتل للقاضي لما ينبني عليه من تهميش المجتمع له والتلسن عليه[١].

الحالة الثالثة :

التفيل(التفويل) لغة : **مأخوذ من مادة (فيل) ، والأصل أن يقال تفيلا بدلا من تفويلا .**

فرجل فِيلُ الرأي، أي ضعيف الرأي أو رجل فالٌ ، أي ضعيف الرأي مخطئ الرأي مخطئ الفراسة[٢].

واصطلاحا : أن يقوم رجل من خمسته ويكون أكبر منه سنا، سواء بعد إنتهاء القضية والحكم فيها أو أثناء إجراءات التقاضي بتفويل(التفيل) الخصم الذي بينه وبينه قرابة، بأنه لا يملك صلاحية إنهاء القضية ، ثم تبدأ الإجراءات القضائية من جديد بين هذا الرجل والخصم، وهذا المعنى قريب من المعني اللغوي بأن الشخص الذي يقاضي ضعيف الرأي ولا يملك صلاحية التقاضي[٣].

---

1 - عارف العارف : القضاء عند البدو (٥٨) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (١٢) ، ثابت : القضاء العشائري (٣٧-٣٩) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

2 - الرازي: مختار الصحاح (٢٤٠) ، ابن منظور: لسان العرب (٥٣٤/١١)، الفيومي: المصباح المنير (٢٨٩)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٣٥٠) .

3 - عارف العارف : القضاء عند البدو (٥٨) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (١٤) ، ثابت : القضاء العشائري (٤٦) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

المطلب الثاني

حالات العدف (الاستئناف) في القضاء العرفي مقارنة بالشريعة الإسلامية

قبل تبين الحكم الشرعي في (العدف) كان لابد من التعرف على الحالات التي يجوز فيها نقض الأحكام من عدمه في الشريعة الإسلامية :

الاستئناف قائم على مبدأ نقض الأحكام أو الاعتراض عليها .

ونقض الأحكام يقوم على مبدأين :

المبدأ الأول :

أن يخالف الحكم الكتاب أو السنة أو الإجماع فإن خالف حكم القاضي الكتاب أو السنة أو الإجماع ، يجب أن ينقض هذا الحكم سواء من القاضي نفسه الذي حكم بتلك القضية أم من قاضي آخر[١].

ودليل هذا الرأي :

كتاب عمر رضي الله إلى أبي موسى وجاء فيه " لا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل"[2].

المبدأ الثاني :

النقض لحكم مبني على الاجتهاد .

و قد اختلف الفقهاء على هذا المبدأ على رأيين :

الرأي الأول : لجمهور الفقهاء:

قالوا إذا قضي القاضي في شيء من المسائل الاجتهادية ولم يكن مخالفا للكتاب أو السنة أو الإجماع وقضى باجتهاده ثم تغير اجتهاده لا ينقض الأول ويحكم في المستقبل بما رآه ثانيا[٣] .

ودليل هذا الرأي :

إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وذلك أن أبا بكر حكم في مسائل خالفه عمر فيها و لم ينقض حكمه و حكم عمر في المشتركة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة و قال ذلك على ما قضينا و هذا على ما قضينا ، و علته أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول فإنه يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم و في ذلك مشقة شديدة فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض و هلم جرا[٤]

---

1 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر-حنفي (١٠٥) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٨٦/١) ، السيوطي : الأشباه والنظائر- شافعي (٢٤١/١) ، السمناني : روضة القضاة (٣١٩/١) ، ابن قدامة : المغني (٤٠٤/١١) .

2 - الدارقطني : سنن الدارقطني(٢٠٦/٤) رقم الحديث ١٥ ، البيهقي : سنن البيهقي الكبرى(١٥٠/١٠) رقم الحديث ٢٠٣٢٤ ، ابن قدامة : المغني (١١/ ٤٠٥).

3 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر-حنفي (١٠٥) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٨٦/١) ، السيوطي : الأشباه والنظائر- شافعي (٢٤١/١) ، السمناني : روضة القضاة (٣١٩/١) ، ابن قدامة : المغني (٤٠٤/١١) .

4 - ابن نجيم : الأشباه والنظائر-حنفي (١٠٥) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٨٦/١) ، السيوطي : الأشباه والنظائر- شافعي (٢٤١/١) ، السمناني : روضة القضاة (٣١٩/١) ، ابن قدامة : المغني (٤٠٤/١١) .

الرأي الثاني : قول لأبي ثور و داود :

أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه سواء أكان في القضايا الاجتهادية أم غيرها .

ودليله : أن عمر t كتب إلى أبي موسى : لا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه كما لو خالف الإجماع وحكي عن مالك أنه وافقهما في قضاء نفسه[١].

وعلى هذا الرأي يجوز تعدد درجات التقاضي ، بان تقوم محاكم الدرجة الأولى ثم الثانية (الاستئناف) ومحاكم النقض[٢،٣].

وبناء على ما تقدم لا يوجد ما يسمى بالاستئناف في القضايا الاجتهادية على رأي الجمهور ، أما القضاء الذي خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع فإن الأحكام تنقض، وترد إلى الحاكم من جديد .

بعد أن قدما نأتي على مشروعية العدف (الاستئناف):

قبل تبين الحكم الشرعي في العدف (الاستئناف) في العرف ، كان لابد من تبين صورة القضاء في العرف كما أسلفنا[٤] ، إن واقع القضاء في العرف هو يدور بين واقعين الأول منهما هو (الصلح) ، والثاني منهما هو (التحكيم) .

ولذلك يجب أن يكون السؤال كالتالي ، هل الاستئناف جائز في حالة الصلح أو في حالة التحكيم .

- العدف (الاستئناف) في حالة الصلح :

نقول إن عقد الصلح يصبح لازما بعد انعقاد الصلح[٥].

ومتى تم الصلح أصبح عقدا لازما للمتعاقدين، فلا يصح لأحدهما أن يستقل بفسخه بدون رضا الآخر، وبمقتضى العقد يملك المدعي بدل الصلح ولا يملك المدعى عليه استرداده وتسقط دعوى المدعي فلا تسمع منه مرة أخرى[٦].

لكن إن دخل على عقد الصلح ما يبطله وجب استئناف عملية الإصلاح .

فقد عقد الكاسائي بابا سماه "بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده"وذكر مبطلات الصلح تطلب من مظانه ثم اتبعه باب سماه" بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلا"[٧].

---

1 - ابن قدامة : المغني (٤٠٤/١١) .

2 - محمد الزحيلي : أصول المحاكمات الشرعية والمدنية (٢٦٠) .

3 - **الرد على هذا القول :**

- إن صاحب هذا القول وهو سيدنا عمر رضي الله عنه لم ينقض أحكامه في القضية المشتركة في الميراث .
- إن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الأول وعلى ذلك فانه يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم و في ذلك مشقة شديدة فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض و هلم جرا انظر: ابن نجيم : الأشباه والنظائر-حنفي (١٠٥) ، السيوطي : الأشباه والنظائر-شافعي (٢٤١/١) .

4 - انظر: علاقة القضاء العرفي بالصلح ، وعلاقة القضاء العرفي بالتحكيم .

5 - أنظر الفروق بين الصلح والقضاء العرفي صفحة (١٦) .

6 - نفس المصادر .

7 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٨١/٦) .

وعلى ذلك يجوز استئناف عملية الإصلاح في القضاء العرفي إذا كان هناك ما يبطله ، أما إن لم يكن هنالك ما يبطله كان الصلح لازما بعد انعقاده .

– الاستئناف في حالة التحكيم :

نقول إن التحكيم هو تولية الخصمين حكما يحكم بينهم بالشرع ، وبناء على ذلك فإن عملية الإستئناف **تأخذ حكم الاستئناف في القضاء الشرعي** وقد بيناه سابقا[1] .

– الإستئناف في حالة (التفيل) :

كما قدمنا أن التفيل هو إلغاء قول الآخر وبالتالي ليس له صلاحية التقاضي .

مشروعية التفويل (التفيل) .

التفيل بهذا المعنى هي إبطال وإلغاء قول الآخر ، وحجر على معاملاته وتصرفاته .

وعليه كان لابد من بيان حكم الحجر :

فالحَجْر لغة : المنع والتضييق[2].

واصطلاحا : عرف الحجر بتعاريف كثيرة[3] إلا أنها تدور حول معنى معين ألا وهو منع الشخص من التصرفات في وضع معين[4] .

واتفق الفقهاء إلى أن الإنسان مسؤول عن تصرفاته ما لم يكن محجورا عليه بسبب من أسباب الحجر[5]. وبناء على ما تقدم لا يجوز لأي شخص أن يبطل قول أو تصرف أي شخص طالما أنه غير محجور عليه بأي سبب من الأسباب ، وبذلك يبطل ما يسمى في العرف (بالتفويل) .

وعليه إذا قام هذا الشخص بإجراءات الصلح أو التحكيم لا يجوز لأي شخص أن ينقض فعله هذا مادام أنه صاحب الشأن والقضية ، إلا إذا كان هناك ما ينقضه[6] .

---

1 - انظر : مشروعية الاستئناف (١٤٠) .

2 - الرازي: مختار الصحاح (٧٦) ، ابن منظور: لسان العرب (١٦٥/٤)، الفيومي: المصباح المنير (٧٦)،.

3 - **عرف الفقهاء الحجر بالآتي :**

- " هو المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية "ابن عابدين : حاشية رد المختار على الدر المختار(٦/ ١٤٣) ..
- " هو الحجر صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته أو تبرعه بزائد على ثلث ماله" الدسوقي :حاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٢)
- " هو المنع من التصرفات المالية ". الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٢٢٥/٢) ، البهوتي :كشف القناع (٣/ ٤١٦)

4 - **الحجر على ضربين :**

- **حجر على الإنسان لحق نفسه:** فثلاثة الصبي والمجنون والسفيه .
- **الحجر عليه لحق لغيره** : كالحجر على المفلس لحق غرمائه وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث أو التبرع بشيء لوارث لحق ورثته على المكاتب والعبد لحق سيدهما والراهن يحجر عليه في الراهن لحق المرتهن . ابن قدامة: المغني (٤/ ٥٥٠) .

5 - **للحجر أسباب:** منها ما هو متفق عليه كالحجر بسبب الصغر والجنون والعته والرق ، لفقد الأهلية أو نقصها. ومنها ما هو مختلف فيه كالحجر بسبب السفه والغفلة والدين .ابن عابدين : حاشية رد المختار على الدر المختار(٦/ ١٤٣ وما بعدها) ، الدسوقي :حاشية الدسوقي (٣/ ٢٩٢ وما بعدها)، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٢٢٥/٢ وما بعدها) ، البهوتي :كشف القناع (٣/ ٤١٦ وما بعدها) ، ابن قدامة: المغني (٤/ ٥٥٠ وما بعدها) .

6 - انظر نقض إجراءات التحكيم والصلح (١٤١).

الفصل الثالث

الأحكام العرفية لأهم القضايا في المجتمع وحكمها الشرعي

ويحتوي على ثلاثة مباحث

المبحث الأول : قضايا القتل و الديات .

المبحث الثاني: قضايا الاعتداء على ما دون النفس.

المبحث الثالث : قضايا النساء .

المبحث الأول : قضايا القتل

ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : أنواع القتل في العرف ،ومقارنتها بالشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على القتل في العرف، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية
.

المطلب الثالث : أنواع الديات في العرف ، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

أنواع القتل في العرف ،ومقارنتها بالشريعة الإسلامية

أولا : أنواع القتل في العرف

ينقسم القتل في العرف بناء على طبيعة القتل وصفته إلى أنواع متعددة ، وهذا تفصيل لهذه الأنواع القتل .

(١) قتل العمد .

هو قتل الشخص عن قصد وتعمد ، وكثير ما يحدث أثناء عملية الشجار والضرب ويترتب على ذلك عدة أمور مثل الرحيل وما شابه ذلك ، وسنذكر ذلك في مطلب الآثار المترتبة على القتل[١] .

(٢) قتل الغدر .

هو نفس قتل العمد ولكن قتل بطريق الغدر كأن يقتل من الخلف أو ما شابه ذلك ، ويترتب على هذا القتل أن ما يترتب على قتل العمد علاوة أن ديته بأربع ديات[٢].

(٣) قتل في حالة الدفاع عن النفس .

مثل الدفع عن العرض أو المال أو النفس ، ويترتب عليه ما يترتب على قتل العمد من رحيل وما شابه ذلك ، إلى أن يثبت هذا الأمر فإن اثبت ذلك فلا شيء عليه وهو دفاعا مشروعا ،وتجري عملية الصلح[٣] .

(٤) قتل الخطأ.

هو قتل من غير قصد ، ويترتب عليه ما يترتب على القتل العمد من رحيل وما شابه ذلك خصوصا إذا كان قتل الخطأ أثناء إطلاق نار، الخطأ فيه غير معتبر ، ولكن مع الوعي الديني أُخذ بعين الاعتبار الخطأ ، أما قضايا الدهس فالأمر لا يترتب عليه ما يترتب على القتل أثناء إطلاق نار[٤].

(٥)القتل بالتسبب.

وهو أن يقوم غير القاتل بإمساك المقتول للقاتل ويقوم هذا الشخص بقتله أو أن يأمر بقتله ، ففي

---

1 - عارف العارف : القضاء عند البدو(٧٧ وما بعدها) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٤٢ وما بعدها) ، ، العبادي : الجرائم الكبرى عند العشائر الأردنية (١٣٤وما بعدها) ،ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٣١ وما بعدها) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

2 - نفس المصادر .

3 - نفس المصادر

4 - نفس المصادر .

العرف يعامل الاثنان نفس المعاملة، من قتل وما شابه ذلك كما هو مبين في الأحكام المترتبة على قتل العمد[١].

(٦) القتل المنكور .

وهو أن يتهم شخص ما بقتل شخص ، ثم ينكر هذا القتل ، ثم يتم التقاضي عند قاضي وينكر ، فيقول له أصحاب الدم (ضلك نايم حتى انهبك) أي لا شيء عليك حتى نثبت ادعاؤنا ، فإذا اثبت ادعاءهم فإن الدية تصبح بأربع ديات ، والقاعدة العرفية تقول (المنكور بأربع) أي حكم المنكور بأربع أمثاله[٢] .

(٧) قتل المرأة.

قتل المرأة له حالتان :

الأولى وهي تقاتل وتعامل معاملة الرجل .

الثانية قتلها وهي لا تقاتل أو في بيتها فديتها بأربع ديات [٣].

ثانيا : أنواع القتل في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية:

كما أسلفنا يقسم العرف القتل باعتبار طبيعته وصفته[٤] ، بينما ينقسم القتل في الشرع إلى ثلاث أنواع إلى قتل عمد وخطأ وشبه عمد وسنبين هذه الأنواع بشيء من الإجمال .

(١)القتل العمد:

هو أن يقصد المكلف قتل إنسان معصوم الدم بما يغلب على الظن أنه يقتل به.

ويكون القتل بنوعين:

أحدهما : أن يضربه بمحدد وهو ما يقطع ويدخل في البدن كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحد .

النوع الثاني : القتل بغير المحدد[٥] مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص[6] .

---

[1] عارف العارف : القضاء عند البدو(٧٧ وما بعدها) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٤٢ وما بعدها) ، العبادي : الجرائم الكبرى عند العشائر الأردنية (١٣٤وما بعدها) ،ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٣١ وما بعدها) ، مقابلات مع بعض رجال العرف . سيأتي تبين الأحكام المترتبة على القتل العمد (١٤٦) .

[2] - نفس المصادر .

[3] - نفس المصادر .

[4] - انظر أنواع القتل في العرف في البند السابق .

[5] - ذهب أبو حنيفة أن القتل بالمثقل شبه عمد خلافا للصاحبين ، ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٥٢٧/٦). الغنيمي : اللباب شرح الكتاب(١٤٢/٣) ،الزيلعي : تبيين الحقائق(١٠١/٦) .

[6] - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٥٢٧/٦)، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢١٦/٤) ، الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٣٦٢/٢)، النووي : المجموع (٣٤٣/١٨) ، المرداوي : الإنصاف (٤٣٤/٩) ، ابن قدامة : المغني (٣٢٢/٩) .

(٢) القتل شبه العمد:

هو أن يقصد المكلف قتل إنسان معصوم الدم بما لا يقتل عادة، كأن يضربه بعصا خفيفة أو حجر صغير، أو لكزه بيده، أو سوط ونحو ذلك، فإن كان الضرب بعصا خفيفة أو حجر صغير " ضربة أو ضربتين " فمات من ذلك الضرب، فهو قتل شبه عمد[1]، وسمي بشبه العمد لأن القتل متردد بين العمد والخطأ، إذ أن الضرب مقصود، والقتل غير مقصود ،ولهذا أطلق عليه شبه العمد، فهو ليس عمدا محضا، ولا خطأ محضا.

ولما لم يكن عمدا محضا سقط القود، لأن الأصل صيانة الدماء فلا تستباح، إلا بأمر بين،ولما لم يكن خطأ محضا، لان الضرب مقصود بالفعل دون القتل وجبت فيه دية مغلظة[2].

ويرى الإمام مالك أن لا وجود لهذا القسم فالقتل عنده نوعان، قتل عمد وقتل خطأ[3].

والراجح وجود هذا القسم للأدلة التالية:

* عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى النبي r فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة وقضى أن دية المرأة على عاقلتها"[4].

فأوجب ديتها على العاقلة والعاقلة لا تحمل عمدا [5].

*عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي r قال " عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه"[6].

وهذا نص في أن للقتل نوع ثالث وهو شبه العمد[7].

(٣) القتل الخطأ:

هو أن يفعل المكلف ما يباح له فعله، كأن يرمي صيدا، أو يقصد غرضا، فيصيب إنسانا معصوم الدم فيقتله، وكأن يحفر بئرا، فيتردى فيها إنسان، أو ينصب شبكة حيث لا يجوز وضعها فيعلق بها

---

[1] - فإن كان الضرب في مقتل أو كان المضروب صغيرا أو كان مريضا يموت من مثل هذا الضرب غالبا، أو كان قويا، غير أن الضارب والى الضرب حتى مات فإنه يكون عمدا.

[2] - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٥٢٧/٦)، الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل(٢١٦/٤)، الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٣٦٢/٢)، النووي: المجموع (٣٤٣/١٨)، المرداوي: الإنصاف (٤٣٤/٩)، ابن قدامة: المغني (٣٢٢/٩).

[3] الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل(٢١٦/٤)، ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣٦٧/٢)، ابن جزي: القوانين الفقهية(٣٣٤)، قدامة: المغني (٣٢٢/٩).

[4] - البخاري: الجامع الصحيح (١١/٩) رقم الحديث ٦٩١٠ ،الإمام مسلم: صحيح مسلم(١٣٠٩/٣) رقم الحديث ١٦٨١.

[5] - ابن قدامة: المغني (٣٢٢/٩).

[6] - الإمام احمد: المسند(١٨٣/٢) رقم الحديث ٦٧١٨ تعليق شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن، أبو داود: سنن أبي داود(٦٨٤) رقم الحديث ٤٥٦٥، الدارقطني :سنن الدارقطني (٣/ ٩٥) رقم الحديث ٥٣ وحكم عليه الزيلعي في نصب الراية بالصحة (٤/ ٣٩٢).

[7] - ابن قدامة: المغني (٣٢٢/٩).

رجل فيقتل، ويلحق بالخطأ القتل العمد الصادر من غير مكلف كالصبي والمجنون[1].

ومما تقدم يتبين ما يلي :

إن المتتبع أحكام القتل في الشرع وأحكام القتل في العرف يجد بعض الفروق :

– إن معظم أنواع القتل في العرف في بداية حدوثه ينظر إليه نظرة واحدة وتعامل فيه معاملة القتل العمد بغض النظر عن كونه عمد أو خطأ ، ما لم يثبت خلاف أي يثبت قتل خطأ أو شبه عمد .

بينما يفرق الشرع بين أنواع القتل حسب الأداة والقصد من اللحظة الأولى ، وبناء على هذه الأمور يحدد نوعية القتل.

– القتل في العرف بأنواعه لا يخرج عن (قتل عمد أو قتل خطأ) ولا يوجد ما يسمى بشبه العمد ، فهو عندهم بمثابة العمد، وهم بذلك يوافقون بذلك رأي الإمام مالك رحمه الله.

بينما القتل في الشرع ينقسم إلى ثلاثة أنواع (قتل عمد – وقتل شبه عمد – وقتل خطأ) .

– الأحكام المترتبة على القتل في العرف كثيرة وخصوصا إذا كان القتل عمدا من (رحيل وأخذ بالثأر....الخ)[٢].

– الأحكام المترتبة على القتل في الشرع (القصاص – الدية – العفو – الصلح) .

ولكن لابد من الإشارة إلى أن اختلاف العرف عن الشرع في أنواع القتل ليس إلا اختلاف تسميات ومصطلحات لا تؤثر بذاتها ، ولكن الإعتبار لوجه الخلاف بين القتل في العرف والقتل في الشرع للأحكام والنتائج المترتبة عليه، وهو ما سنتحدث عنه في المطلب التالي .

---

[1] - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار (٥٢٧/٦) ، ، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل (٢١٦/٤)، الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٣٦٢/٢)، النووي : المجموع (٣٤٣/١٨) ، المرداوي : الإنصاف (٤٣٤/٩) ، ابن قدامة : المغني (٣٢٢/٩) .

[2] - أنظر إلى الآثار المترتبة على القتل بعد هذا المطلب .

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على القتل في العرف، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية

أولا :الآثار المترتبة على القتل العمد في العرف :

(١) فورة الدم.

هي حالة الغضب التي تسيطر على أهل القتيل والتي بموجبها يتم الاعتداء على أموال القاتل أو أحد من خمسته بالحرق أو بالنهب أو الضرب ، وفعل هذه الأشياء مما يتفهمه العرف ويجد لها مسوغا ويعتبرها من الآثار الطبيعية المترتبة على القتل العمد ، وهذه الأشياء لا تحسب من الدية، غير أن هناك أشياء مستثناة من ذلك ، وهو الإعتداء على العرض أو الإعتداء على الأرض ، كما لا يجوز قتل المرأة على سبيل الانتقام ، وتقدر مدة فورة الدم بثلاثة أيام من يوم وقوع الحادثة ومنهم من يقول أنها يوم واحد، وبعد فورة الدم لا يجوز الاعتداء على هذه الأشياء[١] .

(٢) الأخذ بالثأر .

هو قتل احد أقرباء الجاني أو قتل الجاني بعد العفو، وهذا الحق يمارسه أي فرد من أفراد العائلة دون التقيد بمن هو ولي الدم ، ويعتبر العرف ذلك الفعل شكلا من أشكال الرد المقبول على جريمة القتل[٢] ، وكثيرا ما ينهي بهذا الفعل الصراع من باب واحدة بواحدة [٣] .

(٣) الطلوع (البراءة) .

هو أن يتبرأ الرجل عن عائلته إذا كانت عائلة سوء بسبب كثرة مشاكلها أو سمعتها السيئة ، ويسمى هذا (الطلوع) ، وإما أن يحدث العكس بأن تتبرأ العائلة من الشخص بسبب كثرة مشاكله أو سمعته السيئة ويسمى في هذه الحالة (التشميس) ، وهو أمر تقره الأعراف وتتقبله.

ويتم هذا الإجراء بأن يذهب إلى أصحاب الدواوين المعروفة ويشهد ويودع عندهم بأنه متبرئ من هذه العائلة أو من هذا الشخص،وفي هذه الأيام يتم هذا الإجراء بنشر الخبر في إحدى الجرائد[٤].

(٤) الرحيل .

هو جلاء الرجل وعائلته وخمسته من مكان السكن الذي يعيشون فيه وخصوصا إذا كان القاتل والمقتول يعيشون في مكان واحد ، والقضايا التي يرحل فيها الشخص هي قضايا القتل أو قضايا

---

1 - عارف العارف : القضاء عند البدو(٧٩) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٤٤) ، العبادي : الجرائم الكبرى عند العشائر الأردنية (٦٤) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

2 - الحقيقة أن هذا الأمر بدا يتلاشى في القطاع نتيجة للوعي الديني .

3 - عارف العارف : القضاء عند البدو(٧٧) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٥٠) ، ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٧٤) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

4 - عارف العارف : القضاء عند البدو(٧٨) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٤٤) ، ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٤٢) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

الإعتداء على العرض، وهو أيضا أمر متعارف عليه، وتمتثل إليه عائلة القاتل[1].

(٥) شروة الدم .

هو أن يسامح أولياء المقتول ، ولا يأخذوا الدية من القاتل بشرط أن يكون القاتل وذريته تبعا لأهل القاتل، يشاركون أولياء المقتول في أي(مغرم أو هم) ويدفعون معهم الأموال إذا تعرض أولياء المقتول لأي مشكلة في المستقبل ، وهم أي أولياء المقتول لا يشاركون هؤلاء (التبع) في أي شيء في المستقبل ، ويحدث هذا الأمر غالبا في داخل العائلة أي أن يكون هذا الشخص من خمسته[2].

(٦) نقل الجيرة .

هي دفع جزء من المال إلى أولياء المقتول بعد تقديم أربعة كفلاء(الوفا) لأولياء الدم على أن يدفعوا بقية الحق في المستقبل ، ويحسب هذا المال من الدية أو من الصلح في المستقبل ، ويقوموا أولياء الدم بوضع أربعة كفلاء (الدفا) لعدم التعرض للجاني[3].

(٧) قعود النوم .

هو المال الذي يدفعه أقارب الجاني سواء أكانوا من خمسته أو اقل درجة إلى أهل القتيل ، مع التبرؤ من القاتل ، مقابل ألا يتعرض لهم أولياء المقتول بسوء وأن يعودوا إلى أماكن سكناهم ، أو حسب الشروط الذي يمليه صاحب الدم[4].

ثانيا :الآثار المترتبة على قتل الغدر :

إن الآثار المترتبة على قتل الغدر هي نفس آثار قتل العمد ، غير أن ديته بأربع ديات .

ثالثا : الآثار المترتبة على (القتل بالتسبب) .

إن الآثار المترتبة على (القتل بالتسبب) هي نفس آثار قتل العمد ، غير أن العرف يعامل الاثنين نفس المعاملة ، أي يقتل القاتل والممسك أو الآمر بالقتل .

رابعا : الآثار المترتبة على قتل الدفاع عن العرض .

هو كل قاتل يقتل دفاعا عن عرضه ، ويترتب عليه ما يترتب على قتل العمد من رحيل وما شابه ذلك ، إلا أن يثبت هذا الأمر فإن اثبت ذلك فلا شيء عليه وهو دفاعا مشروعا ،وتجري عملية الصلح.

---

[1] - عارف العارف : القضاء عند البدو(٧٨) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٤٣) ، ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٣٨) ، العبادي : الجرائم الكبرى عند العشائر الأردنية (٥١) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - الحشاش : قضاة العرف والعادة (٥٠)، ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٦٥) ، العبادي : الجرائم الكبرى عند العشائر الأردنية (١٢٥) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[3] - ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٨١) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[4] - عارف العارف : القضاء عند البدو(٧٨)، الحشاش : قضاة العرف والعادة (٤٥)، ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٤٤) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

ثانيا : الآثار المترتبة على القتل في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية

أولا : الآثار المترتبة على القتل العمد :

(١)فورة الدم :

كما قدمنا أن فورة الدم هي حالة غضب تمتلك عائلة المقتول ، وبناء عليها يتم السلب أو النهب أو السرقة أو ما شابه ذلك ، وكل هذه الأمور غير محاسب بها عرفيا .

أما في الشرع فإنه يجب على الإنسان أن يملك نفسه عند الغضب للحديث الذي روي من طريق أبي هريرة وفيه أن رجلا جاء إلى النبي r قال علمني شيئا ولا تكثر علي لعلي أعيه قال "لا تغضب فردد ذلك مرارا كل ذلك يقول لا تغضب"[1] ، أيضا فيه انتهاك للأموال بالحرق وفيه انتهاك حرمات الناس وهذا لا يجوز لقوله تعالى **(**وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ**)**[2] ، ولقول الرسول r "فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم"[3] ، وفيه أيضا أخذ الناس بجرائر أعمال الآخرين والله تعالى يقول **(**وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**)**[4].

وعليه لا مشروعية لما يسمى (بفورة الدم) وهي من قبيل الباطل وعلى هذا ينطبق عليه قول رسول الله r (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)[5] .

(٢) الأخذ بالثأر:

كما بينا أن الأخذ بالثأر هو قتل أحد أفراد عائلة الجاني أي غير الولي ، أو قتل الجاني بعد العفو. – بينما في الشرع أن الذي له الحق المطالبة بمعاقبة الجاني هو ولي الدم لا غير ولا يحق لأي فرد من أفراد العائلة مطالبة الجاني إلا أن تثبت له الولاية لقوله تعالى **(**وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا**)**[6].

فالله جعل للولي الحق في المطالبة بهذا الحق .

– الاعتداء على غير الجاني فيه مؤاخذة الغير بجرائر الآخر والله تعالى يقول**(** لاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**)**[7] ، وفية إسراف في القتل والله ينهى عن ذلك**(** فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا**)**[8].

---

[1] - البخاري: الجامع الصحيح (٢٨/٨)رقم الحديث ٦١١٦.

[2] - سورة البقرة : الآية (١٨٨) .

[3] - البخاري: الجامع الصحيح (١٧٦/٢)رقم الحديث ١٧٣٩،الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٠٥/٣) رقم الحديث ١٦٧٩.

[4] - سورة الإسراء :جزء من الآية (١٥) .

[5] - البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ١٨٤) رقم الحديث ٢٦٩٧، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٤٣/٣) رقم الحديث ١٧١٨.

[6] - سورة الإسراء : الآية (٣٣) .

[7] - سورة الإسراء :جزء من الآية (١٥) .

[8] - سورة الإسراء : الآية (٣٣) .

يقول القرطبي :" فلا يسرف في القتل فيه ثلاثة أقوال : لا يقتل غير قاتله قاله الحسن والضحاك ومجاهد وسعيد بن جبير ، الثاني : لا يقتل بدل وليه اثنين كما كانت العرب تفعله الثالث : لا يمثل بالقاتل"[1] .

ومما تقدم يتضح انه لا مشروعية (للأخذ بالثأر) كما يحدث في العرف ، ولكن إذا قام أحد من أهل القتيل بقتل القاتل ،فإنه لا يقتاد منه لأنه قتل إنسانا غير معصوم الدم وشرط القصاص عصمة الدم[٢] ، ولكنه يحاسب على الاعتداء على صلاحية الإمام .

(٣)الطلوع (البراءة) :

نقول إن الطلوع (البراءة والتشميس) هو شكل من أشكال المقاطعة المعلنة ،وهو إجراء يتخذ للتخلص من المشاكل الذي يسببها الشخص أو العائلة السوء .

أما في الشرع يحض المؤمن أن يوالى المؤمن ويتبرأ من الكافر نذكر منها قوله تعالى :**(**لاَّ يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاء مِن دُوْنِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللّهِ فِي شَيْءٍ**)**[3].

وقوله تعالى: **(**الَّذِينَ يَتَّخِذُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاء مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ أَيَبْتَغُونَ عِندَهُمُ الْعِزَّةَ فَإِنَّ العِزَّةَ لِلّهِ جَمِيعًا**)** [4].

بناء على هذه الآيات لا يجوز للمسلم أن يتبرأ من المسلم ، وعليه لا يجوز التبرؤ من أي شخص من العائلة مادام في حظيرة الإسلام ، وأن ما يحدث في العرف يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية .

والمخرج الشرعي لهذا الأمر هو التبرؤ من عمل الشخص وهذا الأمر يجوز لما ورد عن النبي **r** انه تبرأ من أعمال رجال نذكر منها الحديث الذي ذكر في حق خالد بن الوليد وفيه "فرفع النبي **r** يديه فقال:اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد"[5].

ولتكن الصيغة الشرعية كالتالي :

نحن الموقعين أدناه من عائلة فلان...... نعلن براءتنا من أعمال فلان..... ونحن غير مسئولين عن أي عمل من أعماله أمام أي جهة شرعية أو قانونية أو عرفية ،وغير مطالبين بجرائر أعماله .

(٤)الرحيل :

الرحيل في العرف يتخذه أفراد عائلة الجاني لتفادي انتقام أفراد عائلة القتيل ،بينما في الشرع يعد إخراج أي شخص من بيته أو موطنه شيء كبير على نفس الإنسان ، وقد ذكر الله في كتابه آيات

---

[1] - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٢٥٥/١٠) .
[2] - الكاسائي : البدائع(٢٣٥/٧ ومابعدها) ، الحصكفي: الدر المختار(٣٧٨/٥ ومابعدها) ، ابن الهمام : شرح فتح القدير(٢٥٤/٨وما بعدها)، الدردير: الشرح الكبير(٢٣٧/٤وما بعدها) ، الحطاب: مواهب الجليل(٢٣٢/٦) ، الخطيب الشربيني:مغني المحتاج(١٥/٥وما بعدها) ، الشيرازي:المهذب(١٧٣/٢وما بعدها) ، ابن قدامة:المغني(٦٤٨/٧وما بعدها) .
[3] - سورة آل عمران : جزء من الآية (٢٨) .
[4] - سورة النساء : الآية (١٣٩) .
[5] - البخاري: الجامع الصحيح (١٠٠/٤)رقم الحديث ٣١٧٢ .

كثير تبين أن إخراج الناس من ديارهم هي من سمات الكافرين الذين هددوا الأنبياء والذين معهم نذكر منها مثال واحد على سبيل البيان .

قال تعالى:(قَالَ الْمَلأُ الَّذِينَ اسْتَكْبَرُواْ مِن قَوْمِهِ لَنُخْرِجَنَّكَ يَا شُعَيْبُ وَالَّذِينَ آمَنُواْ مَعَكَ مِن قَرْيَتِنَا أَوْ لَتَعُودُنَّ فِي مِلَّتِنَا قَالَ أَوَلَوْ كُنَّا كَارِهِين **)**[1] .

يقول القرطبي تفسيرا لهذه الآية " فقال لهم شعيب :(أو لو كنا كارهين) أي ولو كنا كارهين تجبروننا عليه أي على الخروج من الوطن أو العود في ملتكم أي إن فعلتم هذا أتيتم عظيما"[2] .

ولذلك إخراج أي شخص من بيته جبرا عنه من الآثام العظيمة عند الله تعالى.

ولكن إن خرج عن طيب خاطره ، أو تصالح مع ولى الدم على الجلاء ، فهذا يجوز .

يقول ابن فرحون :"ويجوز صلح ولي المقتول للقاتل على خروجه مرتحلا من بلد المقتول ، فإن عاد إليه عاد الطلب عليه ، فإن ثبت وجب للأولياء القصاص في العمد والدية في الخطأ"[3].

(٥) شروة الدم :

شروة الدم هو جعل هذه العائلة بمثابة أنهم عبيد ، فهذا لا يجوز شرعا فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه:عن النبي **r** قال :" قال الله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره"[٤].

قال ابن حجر : "قال المهلب وإنما كان إثمه شديدا لأن المسلمين أكفاء في الحرية فمن باع حرا فقد منعه التصرف فيما أباح الله له وألزمه الذل الذي أنقذه الله منه ، وقال ابن الجوزي الحر عبد الله فمن جنى عليه فخصمه سيده"[٥].

ثم هذا النوع من الصلح لا يجوز لأنه يحل حراما ويحرم حلالا ، وفيه شرط حراما وهو أكل أموال الناس بالباطل ، وهو دفع الأموال مع أولياء المقتول دون أن يدفعوا معهم وهذا لا يجوز.

فقد قال النبي **r** (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما)[٦].

فولى الدم مخير بين القود إذا كان القتل قتل عمد أو الدية أو العفو أو الصلح ، والصلح يجب أن يكون على شرط حلال كما أسلفنا .

وعلية لا يجوز ما تسمى (بشروة الدم) .

---

1 - سورة الأعراف : الآية (٨٨) .
2 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (٢٥٠/٧) .
3 - ابن فرحون : تبصرة الحكام (٥٠/٢) .
4 - البخاري :الجامع الصحيح (٣/ ٩٠) رقم الحديث ٢٢٧٠.
5 - ابن حجر العسقلاني : فتح الباري (٥٩٦/٤) .
6 - الترمذي : سنن الترمذي (٣١٣) رقم الحديث ١٣٥٢ وقال عنه حديث حسن صحيح وصححه الألباني.

(٦) نقل الجيرة:

نقل الجيرة في العرف هي أموال تقدم إلى أهل القتيل على أن تحسب من الدية أو الصلح ،نقول إن تقديم المال إلي أولياء المقتول على شرط أن يكون هذا المال جزء من الدية إذا رضوا بالدية أو تصالحوا على مال ، فإن هذا الأمر مشروع لان الدفع مقابل شيء سواء أكان من الدية أم من الصلح جاز ، للحديث المتقدم(والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما)[١].

يقول ابن قدامة في المغني : ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز[٢] .

وعلية نرى مشروعية ما يسمى (بنقل الجيرة) .

(٧)قعود النوم :

قعود النوم هي الأموال التي يقدمها من أراد أن يخرج عن القاتل ولا يحاسب بجريرته بشرط أن يكون من خمسة القاتل ، إن هذا الأمر فيه اخذ أموال الناس بغير حق وهذا لا يجوز لقوله تعالى **(**وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم**)**[3] ، ولقول الرسول **r** "فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم"[4] ،وفيه أيضا اخذ الناس بجرائر أعمال الآخرين والله تعالى يقول **(**ًولاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**)**[5].

وعليه فلا مشروعية ما يسمى **(بقعود النوم)** وهذا ينطبق عليه قول الرسول **r** (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)[6] .

ثانيا : الآثار المترتبة على قتل الغدر :

كما تقدم في العرف أن الآثار المترتبة على القتل الغدر هي الآثار المترتبة على القتل العمد علاوة على أن ديته مربعة ، وقد بينا الآثار المترتبة على القتل العمد والأحكام الشرعية المتعلقة سنعمل على تبين الحكم في الدية (المربعة) في مطلب الديات .

ولكن سنبين الحكم الشرعي في قتل (الغدر) الغيلة .

اختلف الفقهاء في قتل الغيلة (الغدر) .

المذهب الأول :لجمهور الفقهاء (أحناف وشافعية وحنابلة) [١] .

---

1 - سبق تخريجه .

2 - ابن قدامة: المغني (٢٧/٥) .

3 - سورة البقرة : الآية (١٨٨) .

4 - البخاري: الجامع الصحيح (١٧٦/٢)رقم الحديث ١٧٣٩،الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٠٥/٣) رقم الحديث ١٦٧٩.

5 - سورة الإسراء :جزء من الآية (١٥) .

6 - البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ١٨٤) رقم الحديث ٢٦٩٧، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٤٣/٣) رقم الحديث ١٧١٨.

يرى هذا الفريق أن قتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو وذلك منوط بالولي دون السلطان أن شاء اقتص أو عفا أو صالح على مال[1] .

أدلة هذا الفريق :

عموم الأدلة :

* قوله تعالى : **(فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا)**[2]، فالله أعطى الولاية للولى لا للسطان .

*عن أبي شريح الكعبي قال: قال رسول الله r " ألا إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل وإني عاقله فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا)[3].

فيبقى العموم على عمومه ما لم يرد دليل التخصيص وهنا لم يرد فيبقى عاما ، ولأنه قتيل في غير المحاربة فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى[٤] .

المذهب الثاني : للإمام مالك :

ذهب الامام مالك أن الذي يُقتل غيلة أمره إلى السلطان ، وهو بمثابة المحارب ،ويحكم عليه السلطان بحكم المحارب فيقتله السلطان بضرب عنقه أو بصلبه ، وليس لولي الدم من الأمر شيء[٥].

أدلة هذا الفريق :

*احتج بالأثر الذي روي عن سعيد بن المسيب :أن عمر بن الخطاب قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل واحد قتلوه قتل غيلة وقال عمر لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا[٦] ، وقياسه على المحارب[٧] .

الرأي المختار :

رأي الجمهور وذلك لما يأتي :

- لعموم الأدلة المذكورة ولم يأت دليل للتخصيص فيبقى العموم على عمومه .
- أما قياسه على المحارب فقياس مع الفارق ، لأنه قتيل في غير المحاربة فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى[٨].
- أما قول عمر : لأقدتهم به أي أمكنت الولي من استيفاء القود منه[٩].

---

1 - الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (٣٦/٣) ، ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣٩٨/٢) ، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج(٦٢/٤) ، ابن قدامة: المغني (٣٣٦/٩).
2 - سورة الإسراء : الآية (٣٣) .
3 - الإمام احمد : المسند(٦/ ٣٨٤) رقم الحديث ٢٧٢٠٤تعليق شعيب الأرنؤوط : إسناده صحيح على شرط الشيخين، الترمذي : سنن الترمذي (٣٣٢) رقم الحديث ١٤٠٦ وقال عنه حديث حسن صحيح وصححه الألباني.
4 - ابن قدامة: المغني (٣٣٦/٩) ، الإمام مالك : المدونة الكبرى (٤/ ٦٥٣) .
5 - الإمام مالك : المدونة الكبرى (٤/ ٦٥٣) .
6 - الإمام مالك : الموطأ (٥١٢) رقم الأثر ١٥٨٠ ، البخاري : الجامع الصحيح (٨/٩) رقم الأثر٦٨٩٥، البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٤٠/٨) رقم الأثر ١٥٧٥١.
7 - ابن قدامة: المغني (٣٣٦/٩) ، الإمام مالك : المدونة الكبرى (٤/ ٦٥٣) .
8 - ابن قدامة: المغني (٣٣٦/٩) .
9 - نفس المصدر .

ثالثا : الآثار المترتبة على قتل القتل بالتسبب :

كما تقدم أن الآثار المترتبة على القتل بالتسبب هي الآثار المترتبة على القتل العمد علاوة على أن القاتل والممسك يقتلون في العرف ، وقد بينا الأحكام الشرعية المتعلقة بالقتل العمد ، وسنعمل على تبين الأحكام المتعلقة بالممسك .

١. **إذا أمسك شخص شخصا لآخر ليقتله .**

كما قدمنا أن الممسك يعامل معاملة القاتل في العرف ، بينما في الشرع فالمسألة خلافية بين العلماء على مذهبين .

المذهب الأول : لجمهور الفقهاء (الأحناف والشافعية والحنابلة)[1] .

قالوا إن أمسكه على رجل ليقتله فقتله ، وجب القود على القاتل دون الممسك.

أدلة هذا المذهب :

(١) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله r : "إن أعتى الناس على الله عز وجل من قتل في حرم الله أو قتل غير قاتله أو قتل بذحول الجاهلية"[2].

وقتل الممسك هو قتل غير القاتل .

(٢) عن إسماعيل بن أمية رفع الحديث أن النبي r قال : "يقتل القاتل ويصبر الصابر"[3].

وهذا الحديث نص في المسالة على أن الممسك يجب أن يصبر .

(٣) ما رواه النسائي من طريق بن عمر عن النبي r : إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك[4].

ولأنه سبب غير ملجئ ضمانه مباشرة فتعلق الضمان دون السبب كما لو حفر بئرا فدفع فيها آخر رجلا فمات[5].

المذهب الثاني : للمالكية :

قالوا إن أمسك شخصه ليقتله قتل أيضا مع القاتل ، لأنه لولا إمساكه له ما أدركه القاتل مع علمه بأنه قاصد قتله فقتله الطالب فيقتص منه لتسببه كما يقتص من القاتل لمباشرته وكذا الدال الذي لولا دلالته ما قتل المدلول عليه قياسا على الممسك[6].

---

1 - السرخسي : المبسوط (١٢٦/٢٦) ، الشافعي : الأم (٧/ ٣٤٩) ، النووي : المجموع (١٨/ ٣٨٠)، المرداوي : الإنصاف (٩/ ٤٥٦) ، ابن قدامة: المغني (٩/ ٤٨٠) . .

2 - الإمام أحمد : المسند(١٨٧/٢) رقم الحديث ٦٧٥٧ تعليق شعيب الأرنؤوط : صحيح ، البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٨/ ٢٦) رقم الحديث ١٥٦٧١ قال الهيثمي في مجمع الزوائد رجاله ثقات (٢٦٠/٦) .

3 - الدارقطني : سنن الدارقطني (١٤٠/٣) رقم الحديث ١٧٥، قال ابن حجر العسقلاني في تلخيص الحبير حديث يقتل القاتل ويصبر الصابر الدارقطني والبيهقي من حديث الثوري عن إسماعيل بن أمية عن نافع عن بن عمر ورواه معمر وغيره عن إسماعيل مرسلا قال الدارقطني والإرسال فيه أكثر وقال البيهقي إنه موصول غير محفوظ وصححه بن القطان (١٥/٤) .

4 - النسائي :سنن النسائي الكبرى(٥٠/٨) رقم الحديث ١٥٨٠٨.

5 - النووي : المجموع (١٨/ ٣٨٠) .

6 - انظر : الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٤٥/٤) ، الإمام مالك : الموطأ (٥١٣) .

أدلة هذا المذهب :

عموم الآيات الدالة على القصاص مثل قوله تعالى :**(كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى)**[1] ولأنه لولا إمساكه له ما أدركه القاتل فيكون قاتلا مثل المباشر[2].

الرأي المختار :

الحقيقة يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار طبيعة الممسك ، فإن كان يعلم أنه بإمساكه للشخص سيُقتل يعامل معاملة القاتل، لأنه لولا إمساكه للمقتول ما أدركه القاتل فيكون قاتلا مثل المباشر.

أما إن كان لا يعلم ، فيؤخذ بقول الجمهور من تنفيذ العقوبة التعزيرية عليه ، لأنه لا يكون متسبب بالقتل .

بناء على ما تقدم يتفق العرف مع رأي المالكية في قتل المتسبب ، بينما يختلف مع رأي الجمهور .

٢. إذا أمر شخص آخر بالقتل :

إذا أمر شخص شخصا بقتل شخص فإنه يعامل في العرف معاملة القاتل ، بينما في الشرع يختلف الحكم بناء على الجهة الآمرة وهي على النحو التالي :

إذا كان الأمر من الحاكم.

إذا أمر الحاكم بالقتل ظلما، فإما أن يكون المأمور عالما بأنه ظلم، أو لا يكون له علم به.

فإن كان عالما بأنه ظلم ونفذ أمره، وجب عليه القصاص، إلا أن يعفو الولي، فتجب الدية عليه، لأنه مباشر للقتل مع علمه بأنه ظلم، فلا يعذر لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

وإن لم يكن عالما بعدم استحقاقه القتل، فقتله، فالقصاص إن لم يعف الولي، أو الدية على الآمر بالقتل، دون المباشر، لأنه معذور لوجوب طاعة الحاكم في غير معصية الله[3].

أما أن كان شخص غير الحاكم :

فعند (الشافعية والأحناف والحنابلة)[4] يقتل المباشر دون المتسبب لقيامه بالقتل ، أما المتسبب فانه أمر بعصية ولم يقتل فيعزر .

ويرى المالكية أن الأمر والمأمور يقتلا[5] .

---

[1] - سورة البقرة :جزء من الآية(١٧٨) .

[2] - انظر : الإمام مالك : الموطأ (٥١٣) .

[3] - السرخسي : المبسوط (٨٩/٢٤) ، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٤٥/٤) ، الشافعي : الأم (٧/ ٣٤٩)، النووي : المجموع (١٨/ ٣٩١)، المرداوي : الإنصاف (٩/ ٤٥٤).

[4] - انظر : السرخسي : المبسوط (٨٩/٢٤)، الشافعي : الأم (٧/ ٣٤٩)، النووي : المجموع (١٨/ ٣٩١)، المرداوي : الإنصاف (٩/ ٤٥٤) .

[5] - الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٤٥/٤) .

الرأي المختار :

الحقيقة أن للمالكية فلسفة معينة وهي "إذا اجتمعت المباشرة والسبب، فالقصاص عليهما معاً، فيشارك القاتل والممسك في الضمان أو القصاص، لتسبب الممسك ومباشرة القاتل. ومثله الدال الذي لولا دلالته ما قتل المدلول عليه ، أو الآمر والمأمور.

بينما الجمهور يرى خلاف ذلك أي"إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، فالمتحمل لكل التبعات المترتبة على ذلك هو المباشر ، ويعزر المتسبب" .

وبناء على ما تقدم نرجح أن الآمر إذا أمر وخطط للقتل أو دفع مالا للقتل، يكون مشارك في القتل والله تعالى يقول:**(كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى)**[1] ، أما إن أمر مجرد أمر فإنه يؤخذ بقول الجمهور على أنه أمر بعصية ولم يقتل فيعزر .

بناء على ما تقدم يتفق العرف مع رأي المالكية في قتل الآمر ، بينما يختلف مع رأي الجمهور .

رابعا : الآثار المترتبة على قتل الدفاع عن العرض :

كما قدمنا في العرف يعامل القاتل معاملة القتل العمد حتى يثبت ما يدعي ،بينما في الشرع إذا قتل الشخص رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته لم يقبل قوله إلا ببينة ولزمه القصاص ، وإلا انفتح الباب لكل من أراد أن يقتل شخصا أن يتهمه بالاعتداء على عرضه ، فكان لابد من وجود البينة على ذلك.

والدليل على ذلك إجماع الصحابة :

*عن سعيد بن المسيب :أن رجلا من أهل الشام يقال له بن خيبري وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما معا فأشكل على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه فكتب إلى أبي موسى الأشعري يسأل له علي بن أبي طالب عن ذلك فسأل أبو موسى عن ذلك علي بن أبي طالب فقال له علي إن هذا الشيء ما هو بأرضي عزمت عليك لتخبرني فقال له أبو موسى كتب إلى معاوية بن أبي سفيان أن أسألك عن ذلك فقال علي أنا أبو حسن إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته"[2،3].

قال الشافعي : ولا أحفظ عن أحد قبلنا من أهل العلم فيه مخالفا [4] .

ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى[5] .

أما إن أقام دليلا على ما يدعيه كأن أتى بأربعة شهداء أو إن اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولا دية .

---

1 - سورة البقرة :جزء من الآية(١٧٨) .

2 - الرمة القطعة من الحبل وأخذت الشيء برمته أي جميعه ، وأصله أن رجلا باع بعيرا وفي عنقه حبل فقيل ادفعه برمته ثم صار كالمثل في كل مالا ينقص ولا يؤخذ منه شيء الفيومي : المصباح المنير(١٤٦).

3 - الإمام مالك : الموطأ (٤٣١) رقم الأثر ١٤١١ ،البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٨/٢٣٠) رقم الأثر ١٦٧٨٩ حكم عليه ابن عبد البر في التمهيد بالصحة (٢١/ ٢٥٤) .

4 - الشافعي : الأم (٦/ ١٤٨) .

5 - ابن قدامة: المغني (٩/٣٣٩) .

*لما روي عن عمر رضي الله عنه "أنه كان يوما يتغذى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال له عمر : ما يقولون ؟ فقال يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي امرأتي فإن كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر : ما يقول ؟ قالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه إليه وقال : إن عادوا فعد"[1].

وبناء على ما تقدم يتضح ما يلي :

– أن العرف يعامل القاتل معاملة القاتل العامد إلا أن يبين خلاف ذلك ، وكذلك القضاء الشرعي .

– في القضاء العرفي إذا ثبت ادعاءه ،تجري عملية الصلح ، بينما في الشرع إذا ثبت ذلك فلا شيء عليه .

[1] - نفس المصدر .

المطلب الثالث

أنواع الديات في العرف ، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية

أولا : أنواع الديات في العرف

تتنوع الديات باعتبار ما يترتب عليها من الأحكام العرفية .

أولا : الدية المظلولة:

يطلق عليها أيضا الدية المستورة ، وهي الدية التي تدفعها العائلة أو العشيرة إذا وجد رجل مقتول في منطقتها وهي ولا تعرف قاتله ، أو يحدث شجار بين متنازعين ثم يموت احدهم بسبب الشجار ولا يعرف له قاتل[١].

يعني أنها تدفع في حالتين :

الأولى : في منازعة ثم لا يعرف قاتله .

الثانية : في وجود قتيل في محلة ولا يعرف قاتله .

وفي الحالتين تجب الدية في العرف ولا يوجد فيه قصاص .

ثانيا : الدية المربعة[٢] :

الدية المربعة: هي دفع مقدار من المال ما يعادل أربع ديات ، وتكون في العرف في حالات . **الأولى** : تكون عند إنكار القتل وتسمى الدية المنكورة .

وهي أن يتهم شخصُ ما في قتل ، ثم يجلس أطراف الخصومة إلى القضاء وينكر المتهم ذلك القتل ، ويتفق الطرفان (أي طرفا الخصومة) على أنه إن ثبت هذا الفعل(القتل) عند الشخص المنكر في المستقبل ، فإنه يترتب عليه دفع ما وجب عليه من مضاعفة الحق وإلا فلا شيء عليه .

الثانية : وهي قتل المرأة في بيتها ومن غير أن تقاتل أثناء حدوث شجار[٣].

الثالثة : في قتل الغدر .

ثالثا :الدية العادية(الدية المحمدية):

وتسمي في العرف (الدية المحمدية) وهي أن يرضى أولياء المقتول وفق الشريعة الإسلامية ، وفي هذه الحالة تحال القضية إلى مختصين أو محكمين شرعيين لتقدير الدية[٤] .

---

1 - الحشاش : قضاة العرف والعادة (٤٨) ، العبادي : جرائم الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٢٢) ، مقابلات مع بعض رجال العرف.

2 - الحقيقة أن هذا الأمر محل خلاف بين القضاة العرفيين ، منهم من يقول أن الدية مربعة ، ومنهم من يقول أنها مثناه ، والقاعدة عندهم (المنكور مثني) أو المنكور مربع ، والحقيقة أن البحث الشرعي لن يختلف سواء أكان مربع أو مثني كما سيأتي .

3 -- الحشاش : قضاة العرف والعادة (٤٨)، ثابت : القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع (١٥٥)، مقابلات مع بعض رجال العرف .

4 -- نفس المصادر .

ثانيا : أنواع الديات في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية:

أولا : مشروعية(الدية المظلولة):

قلنا إن الدية المظلولة تدفع في حالتين :

الأولى : في منازعة ثم لا يعرف قاتله .

الثانية : في وجود قتيل في محلة ولا يعرف قاتله

وسنبين الأحكام الشرعية في تلك الحالتين :

الحالة الأولى : في منازعة ثم لا يعرف قاتله :

اتفق العلماء[1] على أنه لا قود في ذلك إلا أنه تثبت له الدية للحديث الذي روي من طريق ابن عباس وفيه قال : قال رسول الله **r** " من قتل في عميا أو رميا يكون بينهم بحجر أو بسوط فعقله عقل خطأ ومن قتل عمدا فقود فمن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين[2] .

وقد اختلف العلماء فيمن تلزمه دية هذا القتيل فقال مالك بن أنس ديته على الذين نازعوهم ، وقال أحمد بن حنبل ديته على عواقل الآخرين إلا أن يدعوا على رجل بعينه فيكون قسامة وكذلك قال إسحاق[3].

وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف والأوزاعي ديته على عاقلة الفريقين الذين اقتتلوا معا[4].

وقال الشافعي هو قسامة إن ادعوه على رجل بعينه أو طائفة بعينها وإلا فلا عقل ولا قود[5].

وقال أبو حنيفة هو على عاقلة القبيلة التي وجد فيهم إن لم يدع أولياء القتيل على غيرهم [6].

الرأي المختار : هو رأي أبي حنيفة لأن النبي **r** وصفه بالخطأ ، ومعلوم أن الخطأ على عاقلة القاتل ، وعليه من قتل في مشاجرة ولم يعلم قاتله وجب على عاقلة القبيلة المشاجرة .

وبناء على ما تقدم يتضح اتفاق القضاء العرفي مع القضاء الشرعي في ثبات الدية للمقتول في هذه الحالة .

---

1 - ذكر هذا الاتفاق العظيم آبادي :عون المعبود (١٨٣/١٢) .

2 - أبو داود : سنن أبي داود (٦٨٨) رقم الحديث ٤٥٩١ وصححه الألباني ، النسائي :سنن النسائي (٧٣١) رقم الحديث٤٧٨٩ وصححه الألباني .

3 - العظيم آبادي :عون المعبود (١٨٣/١٢) .

4 - نفس المصدر .

5 - الشافعي : الأم (٧/ ١٥٧) .

6 - العظيم آبادي :عون المعبود (١٨٣/١٢) .

الحالة الثانية : في وجود قتيل في محلة ولا يعرف قاتله :

ففي هذه الحالة تجب فيها القسامة وهي : أن يختار ولى المقتول خمسين رجلا من البلدة أو المحلة التي وجد فيها المقتول ليحلفوا بالله أنهم ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فإن حلفوا سقطت عنهم الدية ، وان أبوا وجبت عليهم الدية[١].

وذلك للأدلة الآتية :

١.عن بشير بن يسار: "زعم أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن أبي حثمة أخبره أن نفرا من قومه انطلقوا إلى خيبر فتفرقوا فيها فوجدوا أحدهم قتيلا وقالوا للذي وجد فيهم قد قتلتم صاحبنا قالوا ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فانطلقوا إلى رسول الله r فقالوا يا رسول الله انطلقنا إلى خيبر فوجدنا أحدنا قتيلا فقال :الكبر الكبر ، فقال لهم تأتون بالبينة على من قتله ، قالوا ما لنا بينة قال : فيحلفون ، قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله r أن يبطل دمه فوداه مائة من إبل الصدقة"[2] .

٢.عن سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار:أن النبي r قال لليهود وبدأ بهم " يحلف منكم خمسون رجلا " فأبوا فقال للأنصار " استحقوا " قالوا نحلف على الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله r دية على يهود لأنه وجد بين أظهرهم"[٣] .

هذه الأحاديث تنص على أن المطالب باليمين هم الذين وجد المقتول بين أظهرهم خلافا لمن ادعي أن اليمين على أهل المقتول[٤] .

ثانيا : الدية المربعة :

الدية المربعة: هي دفع مقدار من المال ما يعادل أربع ديات ، وتكون في العرف في حالات ، الأولى تكون عند إنكار القتل وتسمى الدية المنكورة ، والثانية وهي قتل المرأة في بيتها ومن غير أن تقاتل أثناء حدوث شجار ، والثالثة حالة الغدر.

الحالة الأولى : الدية المنكورة :

وهي أن يتهم شخصٌ ما في قتل ثم يجلس أطراف الخصومة إلى القضاء وينكر المتهم ذلك القتل ، ويتفق الطرفان (أي طرفا الخصومة) على انه أن ثبت هذا الفعل(القتل) عند الشخص المنكر في المستقبل ، فأنه يترتب عليه دفع ما وجب عليه من مضاعفة الحق وإلا فلا شيء عليه .

نقول أن هذا الشرط قد يقال صراحة بين الخصوم في الديوان كأن يقولون(المنكور مثنى)[٥] ، وقد يكون معلوم عرفا ، بمعنى أن هذا الشرط مفهوم ومعلوم في العرف دون ذكر ، فهو من باب المعرف عرفا كالمشروط شرطا .

---

[1] - ابن قدامة: المغني (٢٠/١٠) ،

[2] - البخاري: الجامع الصحيح (٩/٩)رقم الحديث ٦٨٩٨.

[3] - أبو داود : سنن أبي داود (٦٧٨) رقم الحديث ٤٥٢٦ .

[4] - انظر ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٢٩/٢) .

[5] - وقد يكون (المنكور مربع) على خلاف بين القضاة العرفيين .

نقول أن هذا من باب الصلح المعلق على شرط فإذا ثبت الشرط ثبت الصلح على ما تصالحوا عليه ، الصلح جائز على القصاص والدليل على ذلك :

١. ما روي من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رسول الله r قال من قتل مؤمنا متعمدا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صالحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد العقل[١] .

يقول ابن قدامة في المغني :" وجملته أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها لا أعلم فيه خلافا"[٢].

٢. وروي أيضا أن هدبة بن خشرم قتل قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله[٣].

٣. ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع ولأنه صلح عما لا يجري فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض[٤].

الحالة الثانية : قتل المرأة في بيتها ومن غير أن تقاتل أثناء حدوث شجار.

أولا : إذا تصالحوا على ذلك فالأمر على ما قدمنا من جواز الصلح على اقل أو أكثر من الدية[٥] .

ثانيا : أما إذا لم يتصالحوا على مال معين ، فديه المرأة فيها الخلاف .

فذهب ابن علية والأصم.

الى أن دية المرأة مثل دية الرجل[٦] :

أدلة هذا المذهب :

عموم الأدلة :

١. عن رسول الله r انه ذكر في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم "وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل"[٧].

يدخل تحت كلمة النفس الرجل والمرأة ، فهذه الأدلة صريحة في أن الدية واحدة للرجل والمرأة ولا تفاضل بينها .

---

1 - ابن ماجة : سنن أبن ماجة (٤٤٧) رقم الحديث ٢٦٢٦ ، الترمذي :سنن الترمذي (٣٢٨) رقم الحديث١٣٨٧ وقال عنه حسن غريب .
2 - ابن قدامة: المغني (٤٧٨/٩) .
3 - نفس المصدر .
4 - نفس المصدر .
5 - انظر : الدية المنكورة .
6 - ابن قدامة: المغني (٥٣٢/٩) .
7 - البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (١٠٠/٨) رقم الحديث ١٦١١٥.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن دية المرأة نصف دية الرجل[1]:

ودليلهم إجماع الصحابة : وقد نقل هذا الإجماع الحصني[2] و الكاسائي[3] وابن حزم[٤] .

الرأي المختار :

هو رأي الجمهور على ما تراه راجحا وذلك لما يأتي :

– للإجماع المذكور وهو إجماع الصحابة رضي الله عنهم .

ورود بعض الآثار:

– فقد روي عن ابن شهاب وعن مكحول وعطاء قالوا : أدركنا الناس على أن دية المسلم الحر على عهد النبي **r** مائة من الإبل فقوم عمر بن الخطاب رضي الله عنه تلك الدية على أهل القرى **ألف دينار** أو اثني عشر ألف درهم ودية الحرة المسلمة إذا كانت من أهل القرى **خمسمائة دينار** أو ستة آلاف درهم فإذا كان الذي أصابها من الأعراب فديتها خمسون من الإبل ودية الأعرابية إذا أصابها الأعرابي خمسون من الإبل لا يكلف الأعرابي الذهب ولا الورق[٥].

وجه الدلالة : أن الزهري ومكحول وعطاء وهم من التابعين أدركوا الصحابة وكان الأمر أن دية المرأة بنصف دية الرجل بدليل أن عمر رضي الله عنه انه قدرها بنص دية الرجل وهي **خمسمائة دينار.**

– أن رجلا أوطأ امرأة بمكة فقضى فيها عثمان بن عفان رضي الله عنه بثمانية آلاف درهم دية وثلث قال الشافعي رحمه الله ذهب عثمان رضي الله عنه إلى التغليظ لقتلها في الحرم[٦].

وجه الدلالة :أن عثمان رضي الله قضي للمرأة المقتولة بنصف دية الرجل ولكن زاد في الدية لقتلها في الحرم كما قال الشافعي[٧].

فإن قيل كلها روايات عن الصحابة ، قلنا إنها روايات صحيحة وهي اشتهر العمل بها ولم ينكر عليهم احد فكانت إجماعا ، وهو (الإجماع) يصلح لتخصيص العموم .

---

[1] - السرخسي : المبسوط (٦١/٢٦) ،المنوفي المالكي : كفاية الطالب (٣٩٠/٢) ، الشافعي : الأم (٦/ ١١٤) ، النووي : المجموع (١٨/ ٣٨٠)، المرداوي : الإنصاف (٦٣/١٠) ، ابن قدامة: المغني (٩/ ٥٣٢) .

[2] - الحصني : كفاية الأخيار (٥٦٦) فقد قال "ودية المرأة على النصف من دية الرجل ، ويروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي وعن العبادلة رضي الله عنهم ولم يخالفهم أحد مع اشتهاره فصار إجماعا .

[3] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٦/ ٣٠٤) فقد قال" فدية المرأة على النصف من دية الرجل لإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي و ابن مسعود وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم أنهم قالوا في دية المرأة أنها على النصف من دية الرجل ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد فيكون إجماعا" .

[4] - ابن حزم : مراتب الإجماع (١٤٣) .

[5] - البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٩٥/٨) رقم الحديث ١٦٠٨٥، الشافعي : مسند الشافعي.(٣٤٧) رقم الحديث ١٥٩٩ وحكم عليه الزيلعي بالصحة : نصب الراية (٤٢٠/٤) .

[6] - البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٩٥/٨) رقم الحديث١٦٠٨٦.

[7] - لمزيد الاطلاع على الآثار الواردة في هذا الباب وتصحيحها انظر : الزيلعي : نصب الراية (٤٢٠/٤) ، العسقلاني : تلخيص الحبير (٢٤/٤) .

ثالثا :دية العادية(الدية المحمدية):

وتسمي في العرف (الدية المحمدية) وهي أن يرضى أولياء المقتول وفق الشريعة الإسلامية .

١ . **الدية لغة** : العوض ، وودي أي عوض ، وهو إعطاء ولي الدم المال الذي هو بدل النفس[1].

الدية اصطلاحا : المال الواجب بالجناية على النفس أو ما في حكمها[2].

٢. :مشروعيتها :

من الكتاب :قوله تعالى :**(**وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ[3]**)**.

من السنة :ذكرت أحاديث كثير نذكر منها : ما روي من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رسول الله **r** قال من قتل مؤمنا متعمدا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صالحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد العقل[٤] .

الإجماع : والإجماع منعقد على وجوب الدية[٥].

٣. على من تجب الدية :

– إذا كان القتل عمدا :

أن دية العمد تجب في مال المجني عليه دون غيره سواء كانت الدية عن النفس أو ما دون النفس، إلا أن مالكاً يستثني من هذه القاعدة أرش الجراح التي يمتنع القصاص فيها خوف تلف الجاني ككسر الفخذ والجائفة، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما بلغ ثلث دية الجاني أو المجني عليه من هذه الجراح، بشرط أن لا تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً[6].

– إذا كان القتل خطأ :

يقول ابن رشد :"فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة، وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى(ولا تزر وازرة وزر أخرى) ،ومن قوله عليه الصلاة والسلام لأبي زمنة لولده (لا يجني عليك ولا تجني عليه)"[7] .

---

[1] - الرازي: مختار الصحاح (٣٢٢)، ابن منظور: لسان العرب (٣٨٣/١٥) ،الفيومي: المصباح المنير (٣٨٩)، الفيروز آبادي : القاموس المحيط (١٧٢٩).

[2] - السرخسي : المبسوط (٥٨/٢٦) ، الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٥٨/٧) ، ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٢٩/٢) النووي : المجموع (٣/١٩) ، المرداوي : الإنصاف (٣٢/١٠) ، ابن قدامة: المغني (٩/ ٤٨١) .

[3] - سورة النساء : الآية (٩٢) .

[4] - ابن ماجة : سنن ابن ماجة (٤٤٧) رقم الحديث ٢٦٢٦ ، الترمذي :سنن الترمذي (٣٢٨) رقم الحديث١٣٨٧ وقال عنه حيث حسن .

[5] - انظر : ابن قدامة: المغني (٩/ ٤٨١) .

[6] - الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٥٠/٤) ،الكاسائي : بدائع الصنائع (٧ /٤٧٥)، الشيرازي : المهذب (٢٧٦/٢) ، ابن قدامة: المغني (٩/ ٥٠٣) .

[7] - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤١٢/٢) .

– **إذا كان القتل شبه عمد .**

اختلف الفقهاء في من يحمل الدية في شبه عمد .

فذهب أبو حنيفة أن الجاني يحمل ما دون نصف عشر الدية الكاملة وما زاد على ذلك تحمله العاقلة[1].

ويرى الإمام مالك والإمام أحمد أن العاقلة تحمل ما يبلغ ثلث دية المجني عليه أو الجاني، فما كان دون الثلث فهو على الجاني وحده[2] .

ويرى الإمام الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع قل المال أو كثر[3].

٤. مقدار الدية :

الدية قسمان : دية مغلظة ، وهي مائة من الإبل ، أربعون منها في بطونها أولادها ، وهي تؤخذ في القتل العمد ، إذا اختار الولي العقل ، أي الدية ، وهي عقوبة القتل شبه العمد .

أما القسم الثاني فهو الدية من غير المغلظة ، وهي مائة من الإبل ، وتؤخذ في القتل الخطأ.

ودليل ذلك : أن الرسول **r** ذكر في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم "وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل"[٤].

وأما دية النقد فقدرها في الذهب ألف دينار ، وفي الفضة إثنى عشر ألف درهم.

ودليل ذلك :

*ما رواه عمرو بن حزم عن أبيه عن جده : إن رسول الله **r** كتب إلى أهل اليمن وعلى أهل الذهب ألف دينار " [٥].

* ما رواه ابن عباس قال : قتل رجل على عهد رسول الله **r** فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفا"[٦] .

والدينار الشرعي يساوي وزن (٤.٢٥) غراما ذهبا ، وهو وزن المثقال الشرعي . والدرهم الشرعي يساوي وزن (٢.٩٧٥) غراما فضة .

وعلى ذلك تكون دية القتيل من الذهب تساوي وزن (٤٢٥٠) غراما ذهبا ، ومن الفضة تساوي وزن (٣٥٧٠٠) غراما فضة.

وتدفع بالنقود الورقية عن الألف دينار ذهبا مقدار ثمن (٤٢٥٠) غراما من الذهب ، وعن الاثني عشر ألف درهم من الفضة مقدار ثمن (٣٥٧٠٠) غراما من الفضة[٧] .

---

[1] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٧ /٤٧٥) .
[2] - الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٥٠/٤)، ابن قدامة: المغني (٩/ ٥٠٣).
[3] - الشيرازي : المهذب (٢٧٦/٢) .
[4] - البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (١٠٠/٨) رقم الحديث ١٦١١٥.
[5] - النسائي :سنن النسائي (٧٤٠) رقم الحديث٤٨٥٣ .
[6] - البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٧٨/٨) رقم الحديث ١٥٩٥٦.
[7] - المالكي :أحكام البينات (١٠١) .

٥. مقدار ما يتحمله كل فرد :

اختلف الفقهاء في مقدار ما يحمله كل فرد.

مذهب أبي حنيفة: أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقله حد لأن ذلك مال يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة ، ويسوى بين الغني والمتوسط[1].

وذهب مالك وأحمد: أن الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه ، وأن التقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثبت بالرأي والتحكم ولا نص في هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات[2].

وذهب الشافعي ورواية عن أحمد : أنه يفرض على الموسر نصف مثقال لأنه أقل مال يتقدر في الزكاة فكان معتبرا بها، ويجب على المتوسط ربع مثقال لأن ما دون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه ،وقد قالت عائشة رضي الله عنها : لا تقطع اليد في الشيء التافه وما دون ربع دينار لا قطع فيه[3].

وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبي ولا على زائل العقل شئ من الدية؛ لأن تحميل الفقير إجحاف به، ولأن المرأة والصبي والمجنون ليسوا من أهل النصرة، ولكن هؤلاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم[4].

الرأي المختار:

هو ما ذهب إليه الإمام مالك هو أن يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه.

- وذلك لعدم ورد نص في هذه المسألة .
- ولقوله تعالى **(**لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا**)**[5] ، وعليه لا يكلف الإنسان دفع فوق طاقته والحاكم هو الذي يعرف طاقة الشخص فيفرض عليه بحسب طاقته .

---

1 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٧ /٤٦٣) .
2 - ابن قدامة: المغني (٩/ ٥١٥) ، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٤/٢٥٠) .
3 - الشيرازي : المهذب (٢/٢٧٦) ، ابن قدامة: المغني (٩/ ٥١٥) .
4 - الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٤/٢٥٠) ، الشيرازي : المهذب (٢/٢٧٦) ، ابن قدامة: المغني (٩/ ٥١٥) ، الكاسائي : بدائع الصنائع (٧ /٤٦٣) .
5 - سورة البقرة : جزء من الآية (٢٨٦) .

المبحث الثاني

قضايا الاعتداء على ما دون النفس

المطلب الأول : الضرب في العرف، ومقارنته بالشريعة الإسلامية

المطلب الثاني : الجراح في العرف ، ومقارنته بالشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث : الكسور و إتلاف الأعضاء في العرف، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

الضرب في العرف، ومقارنته بالشريعة الإسلامية

أولا : الاعتداء بالضرب في العرف :

يقسم القضاء العرفي الضرب إلى أنواع من حيث الآثار المترتبة عليه، من حيث الإهانة والتأثير ومكان الضرب .

فيعتبر الضرب في مكان عام له تأثير في نوعية الحكم الصادر عليه ، وأيضا يعتبر الضرب على الوجه له من الإهانة ما له وخصوصا إذا كان بالضرب باليد .

وأيضا من حيث ترك الأثر على الجسم ، فالضربة التي تترك أثرا على الجسم لها من الأحكام العرفية أشد من الأحكام المترتبة على الضربة التي لا تترك أثرا [١] .

وعليه يمكن تقسيم صور الضرب بالاعتبارات المتقدمة على النحو التالي :

١.من حيث مكان الحادثة :

يعتبر الضرب في الأماكن العامة وأمام الناس أنها تحمل من الدلائل النفسية والمعنوية ما لها، ولذلك كانت الأحكام العرفية المترتبة على ذلك شديدة بالنسبة لغيرها من الأحكام ، وخصوصا إذا كان الضرب باليد على الوجه، أما إذا كان الضرب بالعصا فالأمر أخف من الضرب باليد على الوجه لأن فيه من الإهانة والتحقير للشخص المضروب[٢] .

٢.من حيث مكان الضرب :

رتب القضاء العرفي الأحكام بالشدة أو التخفيف على الجاني بالنظر لمكان الضرب ، فالحكم المترتب على الضرب في غير المقاتل اخف من الحكم المترتب على الضرب في المقاتل ويقولون (الهواة إن فاتت الراس سليمة) أي أن كانت الضربة بعيدة عن الرأس فالأمر هين، فالضربة على الوجه العين والأذن وغيرها من المناطق الحساسة في جسم الإنسان يعتبرها القضاء العرفي قضايا يستحق مرتكبها العقوبة الشديدة[٣] .

٣.من حيث الأثر على الجسم :

وأيضا من حيث ترك الأثر على الجسم ، فالضربة التي تترك أثرا على الجسم لها من الأحكام العرفية أشد من الأحكام المترتبة على الضربة التي لا تترك أثرا[٤] .

---

[1] - الحشاش : قضاة العرف والعادة (٧٤-٧٥) ، العبادي : الجرائم الصغرى عند القبائل الأردنية (٣٣وما بعدها) ، ثابت القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٨٨) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - نفس المصادر .

[3] - نفس المصادر .

[4] - نفس المصادر .

كيفية القصاص في القضاء العرفي[1] **:**

يتم معاينة الضرب من قبل القاضي العرفي ، ويتم ملاحظة الأمور السابقة من مكان الحادثة ومكان الضرب ومدى تأثير الضرب على الشخص المضروب ، وبناء على الأمور السابقة يتم القصاص ، والمقصود بالقصاص في العرف هي مقدار ثمن الضرب ، وتحسب كل ضربة مقدار معين من المال ، مثلا الضرب على الوجه في مكان عام ويترك هذا الضرب أثرا على الوجه قد يقدر بعض الأحيان على أن الإصبع الذي له علامة على الوجه بمائة دينار أردني .

والتقدير من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر يختلف بناء على أوضاع المجتمع .

وبعد القصاص يطلب القاضي العرفي من صاحب الدم أن يسامحه قائلا له أن دم المسلم ليس له ثمن [2].

ثانيا : الضرب في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية:

- مما تقدم يتبين أن القضاء العرفي يعتمد التقدير على قضايا الضرب ، وهذا التقدير حسب ما يراه القاضي بالاعتبارات المتقدمة .
- أما في القضاء الشرعي فقد اختلف الفقهاء في الضرب الذي لم يحدث شجة أو جراحا .

مذهب جمهور الفقهاء :

فاللطمة والوكزة والوجأة[3] وضربة السوط والعصا لا قصاص فيها إذا لم تترك أثرا، وإذا لم يذهب الاعتداء بطرف أو بمعناه ولم يحدث شجة ولا جرحا فلا قصاص وإنما فيها التعزير[4]، واستثنى الإمام مالك القصاص في ضربة السوط ولو لم يحدث جرحا أو شجة[5].

وحجة هذا المذهب :

أن المماثلة متعذرة فينعدم القصاص ، والأمر متروك للإمام ليرى فيه التعزير المناسب .

مذهب الإمام أحمد وابن تيمية وابن القيم.

القصاص في اللطمة والضربة[6].

وحجة هذا المذهب :

قوله تعالى:**(** فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ **)**[7].

---

[1] - القصاص في القضاء العرفي يعني التقدير .

[2] - الحشاش : قضاة العرف والعادة (٧٤-٧٥) ، العبادي : الجرائم الصغرى عند القبائل الأردنية (٣٣وما بعدها) ، ثابت القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٨٨) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[3] - الوجأ : الضرب سواء أكان باليد أو بالسكين أنظر الفيومي : المصباح المنير(٣٨٦).

[4] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٣٥٧/٧) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٢٢٩/٢) ، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٥١/٤) ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٤/ ٣٧) ، ابن قدامة: المغني (٦٦١/٩) ، المرداوي : الإنصاف (١٥/١٠) .

[5] - مالك : المدونة الكبرى (٤/ ٦٥٣) .

[6] - ابن القيم : أعلام الموقعين (٢٤٠/١) .

[7] - سورة البقرة :جزء من الآية (١٩٤) .

فأمر بالمماثلة في العقوبة والقصاص، فالواجب أن يفعل بالمعتدى كما فعل فإن لم يمكن كان الواجب ما هو الأقرب والأمثل، وسقط ما عجز عنه العبد من المساواة من كل وجه، ولا ريب أن اللطمة باللطمة والضربة بالضربة أقرب إلى المماثلة المأمور بها حسا وشرعا من التعزير بغير جنس اعتدائه وقدره وحقيقته.

وقد استدل ابن تيمية على صحة رأيه بأن أحمد بن حنبل قال بالقصاص من اللطمة والضربة، وأن أبا بكر وعثمان وعليا وخالد ابن الوليد أقادوا من لطمة[1].

الرأي المختار :

والذي نختاره هو رأي الإمام أحمد لما يأتي :

– عن أبي سعيد الخدري قال : بينما رسول الله **r** يقسم قسما أقبل رجل فأكب عليه فطعنه رسول الله **r** بعرجون كان معه فجرح بوجهه فقال له رسول الله **r** " تعال فاستقد ، فقال بل عفوت يا رسول الله "[2] وهذا نص في المسالة على وجوب القصاص .

– وذكر البخاري : أن أقاد أبو بكر وابن الزبير وعلي وسويد بن مقرن من لطمة ، وأقاد عمر من ضربة بالدرة ، وأقاد علي من ثلاثة أسواط ، واقتص شريح من سوط وخموش[3] .

وبناء على ما تقدم يتضح ما يلي :

التعزير بالضرب والقصاص من صلاحية الإمام وليس من صلاحية القضاء العرفي ، وكما أسلفنا أن القضاء العرفي قائم على الصلح ، فإذا تصالح المتخاصمون على شيء من المال مقابل العفو عن الضرب فالصلح على ما تصالح عليه القوم ، ولان الضرب من حقوق العباد، وهي من الأمور التي يجوز العفو فيها ،فهي إذا من الأمور التي يجوز الصلح عليها.

وقد ورد في مصنف عبد الرزاق :"أن سليمان بن حبيب قضى في الصكة إذا احمرت أو اخضرت أو اسودت بستة دنانير"[4] ، ولذلك يجوز دفع المال مقابل دية الضرب ، والله اعلم.

وعليه يتفق القضاء العرفي مع القضاء الشرعي على رأي الجمهور في تعزير الجاني وان اختلفا في طبيعة التعزير[5] وجهة المعزر[6] ، ويختلف مع الإمام أحمد حيث أوجب الاقتياد من الجاني .

---

[1] - ابن القيم : أعلام الموقعين (٢٤٠/١) .

[2] - النسائي :سنن النسائي (٧٢٩) رقم الحديث ٤٧٧٣ وضعفه الألباني ، أبو داود : سنن أبي داود (٦٨٠) رقم الحديث ٤٥٣٦ وضعفه الألباني.

[3] - البخاري: الجامع الصحيح (٨/٩) رقم الأثر ٦٨٩٧.

[4] - مصنف عبد الرزاق(٣١٤/٩) رقم الأثر ١٧٣٤٧ .

[5] - في القضاء الشرعي تحدد الطبيعة بحسب ما يراه الإمام من حبس أو ضرب أو دفع مال .

[6] - التعزير في الشريعة إلى الإمام ، وفي القضاء العرفي للقاضي العرفي وتعزيره تخسر الجاني .

المطلب الثاني

الجراح في العرف ، ومقارنته بالشريعة الإسلامية

أولا :الجراح في القضاء العرفي .

يقدر القضاة العرفيون الضرب الذي يحدث الجراح حسب مكان الجرح من الجسم ، وتأثير هذا الجرح على الجسم ، ومدى الآثار الباقية بعد اندمال الجرح ، وعلى ذلك يتم تقدير ثمن الجرح ، مثلا الجرح الذي في الوجه يقدر قيمتها أكثر بكثير من أي جرح آخر في الجسم لأن فيه تشويه ظاهر، أما الجروح في غير الوجه فيكون تقديره أقل ، وكذلك فإن الجروح الأكثر تأثيرا يكون تقديره أكثر من الجروح الأقل تأثيرا ، وهكذا باقي الجروح ، وقد يستعان بطبيب لمعرفة الآثار المترتبة على الجسم[١] .

كيفية قصاص[٢] الجروح في القضاء العرفي .

يعين القاضي العرفي الجروح ويأخذ بعين الاعتبار مكان الضرب على جسم الإنسان ، وتأثير هذا الجرح على الجسم ، وتقص الجروح بالقطبة (الغرزة) ، وتثمن كل غرزة بمقدار من المال ، ويختلف مقدار المال من وقت إلى آخر حسب ظروف المجتمع .

وتقدر الجروح التي في الوجه ، بأن يقدر ثمن للجرح الذي في الوجه ، ثم يبدأ القاضي بالرجوع إلى الخلف ، وكل خطوة يخطوها يزيد مبلغ معين من المال، إلى أن يصل مسافة لا يستطيع فيها رؤية الجرح وعندها يقف عن التقدير .

والجروح التي تسبب الإعاقات والتشويهات قصها أكثر بكثير من الجروح الأخرى ، كقضايا كسر العظام أو قضايا إطلاق النار ونحوها[٣] .

ثانيا : الجراح في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية .

- مما تقدم يتضح أن القضاء العرفي يتعامل مع الجروح بالتقدير، والتقدير حسب ما يراه القاضي العرفي ، وطبعا هذا التقدير خاضع لمتغيرات المجتمع .
- أما في القضاء الشرعي فإنه يتعامل مع الجراح إما بالقصاص أو بالدية أو بالتقدير ، ويفرق الفقهاء بين الجروح التي في الوجه والرأس وبين الجروح التي في باقي الجسم ، فالأول يسمى الشجاج[٤] والثاني الجراح[١] ، وسنعمل على تبين ذلك :

---

[1] - الحشاش : قضاة العرف والعادة (٧٤-٧٥) ، العبادي : الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٦٢) ، ثابت : القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٨٩) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - في العرف يستعملون كلمة قصاص للدلالة على التقدير .

[3] - الحشاش : قضاة العرف والعادة (٧٤-٧٥) ، العبادي : الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٦٢)، ثابت : القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٨٩) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[4] - **ذهب أبو حنيفة** إلى أن الشجاج لا تكون إلا في الرأس والوجه في مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدود انظر الكاساني : بدائع الصنائع (٤٣٧/٧) .

أولا: التعامل بالقصاص :

١. قصاص الشجاج[2] :

الحقيقة أن الناظر في كلام الفقهاء يجد اختلافا كثيرا ، وسبب اختلافهم يجده **في** إمكانية الاستيفاء على وجه المماثلة فمثلا :

فقد ذهب جمهور الفقهاء : على أن الموضحة من الشجاج فيها القصاص لإمكان الاستيفاء على وجه المماثلة إذ لها حد تنتهي إليه السكين وهو العظم ، وذهبوا أيضا في أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء على وجه المماثلة ،لأن الهاشمة تهشم العظم، والمنقلة تنقله من مكانه بعد هشمه، والآمَّة لا يؤمن معها أن تصل السكين إلى المخ، وكذلك الدامغة[3].

واختلفوا فيما دون الموضحة :

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فمختلف فيه.

- **وذهب جمهور الفقهاء:** إلى أن ما كان في الرأس والوجه مطلقًا شجة انظر الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٥١/٤)، النووي : المجموع (٤٠٢/١٨) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٥٨٥) .

[1] وهي باقي جروح الجسم عند الجمهور ، وهي باقي الجسم مع مناطق اللحم في الرأس عند الأحناف .

[2] - **الشجاج عند الأحناف إحدى عشرة شجة :**

١. **الخارصة:** وهى التي تخرص الجلد أي تشقه ولا يظهر منها الدم.
٢. **الدامعة:** وهى التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين.
٣. **الدامية:** وهى التي يسيل منها الدم.
٤. **الباضعة:** وهى التي تبضع اللحم أي تقطعه.
٥. **المتلاحمة:** وهى التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة. ويرى محمد أن المتلاحمة قبل الباضعة وعرفها بأنها التي يتلاحم فيها الدم ويسود
٦. **السمحاق:** وهى التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم، واسم الجلدة السمحاق فسميت بها الشجة.
٧. **الموضحة:** وهى التي تقطع الجلدة المسماة السمحاق وتُوضِح العظم أي تظهره ولو بقدر مغرز الإبرة.
٨. **الهاشمة:** و هي التي تهشم العظم أي تكسره.
٩. **المنقلة:** وهى التي تنقل العظم بعد كسرة أي تحوله عن مكانه.
١٠. **الآمَّة:** وهى التي تصل إلى أم الدماغ، وهى جلدة تحت العظم وفوق الدماغ أي المخ.
١١. **الدامغة:** وهى التي تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدماغ. انظر الكاساني : بدائع الصنائع (٤٣٧/٧) .

وعند المالكية أن الشجاج عشرة فقط :

يتفقون مع الأحناف في الكل إلا فيما يأتي :

فالدامية عن المالكية : هي التي تخرص الجلد أي تشقه ولا يظهر منها الدم.

الخارصة : وهى التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين .

السمحاق : وهى التي يسيل منها الدم .

الملطأ : وهى التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم، واسم الجلدة السمحاق فسميت بها الشجة . انظر الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٥١/٤ وما بعدها) .

ومذهب الشافعية والحنابلة:

أن الشجاج عشرة فقط وهم يحذفان الثانية عند الأحناف وهى الدامعة

ويعترفان بالعشرة الباقية ،. انظر النووي : المجموع (٤٠٢/١٨) ، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٤/ ٣٧) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٦٥٨).

[3] - الكاساني : بدائع الصنائع (٣٧٠/٦) ، الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (٣/ ٣٨)، الحطاب : مواهب الجليل (٢٤٦/٦) ، النووي : المجموع (٤٠٠/١٨)، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٤/ ٣٧) . الشيرازي : المهذب (٢٦٢/٢) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٦٥٨) .

فمذهب الأحناف : يرى طبقًا لرواية الحسن أنه لا قصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسمحاق إن أمكن القصاص في السمحاق، بينما ذكر محمد في الأصل أن القصاص واجب في الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية، لأن استيفاء المثل ممكن بقياس الجراحة طولاً وعمقًا[1].

وذهب المالكية: ترى القصاص فيها جميعًا لإمكان القصاص[2].

ومذهب الشافعية والحنابلة : على أنه لا قصاص في غير الموضحة من الشجاج، لأن غير الموضحة يتعذر فيه الاستيفاء على وجه المماثلة[3].

والحقيقة أحسن ما قيل في هذه المسألة أن الواجب في الشجاج هي العقوبة المقدرة التي نص عليها الشارع وهي مقدار الدية فقط لا غير ولا قصاص في الشجاج[4] .

وذلك لما يلي :

- أن النص الذي ورد في القصاص وهو قوله تعالى: **(** وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ **)**[5] ورد في حق الجروح ، ومعلوم أن هناك فرق بين الجروح والشجاج من جهة اللغة [6] ، فيكون النص جاء متعلقا بالجروح فقط .
- الأدلة التي جاءت وبينت حكم الشجاج هي الأدلة التي بينت مقدار دية الشجاج[٧]، وعليه التمسك بهذه المعالجة لا غير ، ولا يذهب إلى غيرها إلا بدليل وهنا لا دليل فتبقي الدية هي حكم الشجاج.

٢. قصاص الجروح :

تنقسم الجراح إلى نوعين :

النوع الأول : الجائفة: هي كل جرح يصل إلى الجوف ، من الصدر أو البطن.

النوع الثاني: غير الجائفة وهي كل جرح لا يصل إلى الجوف[8].

وقد اتفق الفقهاء : في انه لا قصاص في الجائفة والمأمومة والمنقّلة؛ لأن الرسول **r** رفع القَوَد في المأمومة، والمنقّلة، والجائفة، ولأنه يخشى منها الموت، وإنما فيها الدية[9].

وفيما عدا ذلك اختلف الفقهاء :

---

[1] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٥٥/٧) .
[2] - الحطاب : مواهب الجليل (٢٤٦/٦) .
[3] - الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٤/ ٣٧) ، الشيرازي : المهذب (٢٦٢/٢) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٤١١) .
[4] - المالكي : نظام العقوبات (١٣٨) .
[5] - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٥) .
[6] - انظر : ابن منظور : لسان العرب (٣٠٣/٢) .
[7] - عن النبي **r** قال في المواضح خمس خمس .رواه الترمذي : سنن الترمذي (٣٢٩) رقم الحديث ١٣٩٠وقال عنه حديث حسن وصححه الألباني .
[8] - الكاسائي : بدائع الصنائع(٤٥٧/٧) ، الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٢٤٨/٤))، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (٤/ ٣٧) ، الشيرازي : المهذب (٢٨١/٢) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٤١١) .
[9] - ابن نجيم : البحر الرائق (٨/ ٣٤٥) ، الدردير : الشرح الكبير(٤/ ٢٦٠) ، ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (٤٠٨/٢)، الشيرازي : المهذب(١٩٩/٢)، الغزالي: الوسيط (٦/ ٣٣٥)،المرداوي:الإنصاف (٢٧/١٠) ، ابن قدامة : المغني (٤١١/٩) .

وذهب جمهور الفقهاء : إلى وجوب القصاص إذا أمكن التماثل في جراح العمد، ولم يخش منه الموت[١]، لقوله تعالى: ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[2] .

مذهب الحنفية: إنه لا قصاص في شيء من الجراح ، سواء أكانت الجراحة جائفة أم غيرها؛ لأنه لا يمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة[٣].

الرأي المختار :

الحقيقة أن النظر إلى آراء الفرقين يرى أن قضية (المماثلة) هي المفصل في الموضوع فمن رأى إمكانية المماثلة قال بالقصاص ، ومن قال لا يمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة قال بعدم المماثلة ، والحقيقة يجب أن يبحث في المماثلة في كل شخص على حدة ،فإن كان الشخص الذي يستوفى منه مريض مرضا بحيث لا يمكن الاستيفاء فلا يقص منه ، إن أمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة ،اقتصصنا منه لقوله تعالى: ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[4].

ثانيا : التعامل بالدية :

١. مقدار دية الشجاج :

وردت أحاديث تحدد مقدار الدية :

*عن الزهري قال جاءني أبو بكر بن حزم بكتاب في رقعة من أدم عن رسول الله **r** : هذا بيان من الله ورسوله﴿ يأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[٥] فتلا منها آيات ثم قال في النفس مائة من الإبل وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلة خمس عشرة فريضة وفي الأصابع عشر عشر وفي الأسنان خمس خمس وفي الموضحة خمس[6].

* عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه قال : الكتاب الذي كتبه رسول الله **r** لعمرو بن حزم في العقول إن في النفس مائة من الإبل وفي الأنف إذا أوعى جدعا مائة من الإبل وفي المأمومة ثلث النفس وفي الجائفة مثلها وفي اليد خمسون وفي العين خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل وفي السن خمس وفي الموضحة خمس[7].

*عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي **r** قال في المواضح خمس خمس[8].

فبناء على هذا الحديث يتبين أن مقدار الدية(دية الأعضاء) على النحو التالي :

---

[1] - الدردير : الشرح الكبير(٢٥١/٤) ، الدسوقي: حاشية الدسوقي(٢٥١/٤) ، الشيرازي : المهذب(١٩٩/٢) ابن قدامة : المغني (٤١١/٩) .

[2] - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٥) .

[3] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٢٩٦/٧) .

[4] - سورة المائدة : جزء من الآية (٤٥) .

[5] - سورة المائدة :جزء من الآية (١) .

[6] - النسائي :سنن النسائي (٧٤٠) رقم الحديث ٤٨٥٦ وضعفه الألباني.

[7] - النسائي :سنن النسائي (٧٤٠) رقم الحديث ٤٨٥٧ ضعفه الألباني .

[8] - الترمذي : سنن الترمذي (٣٢٩) رقم الحديث ١٣٩٠وقال عنه حديث حسن وصححه الألباني.

الموضحة : خمس من الإبل .

الهاشمة : فيها دية الموضحة ، وحكومة عدل ، لأنها موضحة وزيادة ، ونظرا لأنه لم يرد نص بخصوصها بالذات أخذت دية الموضحة بالنص ، وجعلت حكومة على ما زاد ، لأنه جرح لا عقل له معلوما .

المنقلة : خمس عشرة من الإبل.

المأمومة : ثلث الدية .

٢. مقدار دية الجراح :

القاعدة عند الفقهاء أن التي لم يأت فيها نص في توضيح مقدار الدية ففيها حكومة عدل ، وان جاء فيها نص أخذنا بالمقدار المحدد[1] ، فالذي جاء بالنص في جروح الجسم غير الرأس هي الجائفة لقوله **r** (وفي الجائفة ثلث الدية).

ثالثا :التعامل بالتقدير :

الحقيقة أن الباحث في كيفية تقدير الفقهاء للجروح التي لم يقدرها الشارع مقدار معين ، يجد أن للفقهاء في ذلك مسلكين في ذلك .

المسلك الأول :

وضع الفقهاء ما يسمى(حكومة عدل) وهي قاعدة في تقدير الأعضاء والجروح و ذهاب المنافع التي لم يضع الشرع تقديرا معينا لها .

والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية كأن قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة فيكون فيه عشر ديته (أي دية العبد)[2].

قال ابن المنذر : "كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة أن يقال : إذا أصيب الإنسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا الجروح لو كان عبدا لم يجرح هذا الجرح فإذا قيل مائة دينار قيل : وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه ؟ قيل خمسة وتسعون فالذي يجب على الجاني نصف عشر الدية وإن قالوا تسعون فعشر الدية وإن زاد أو نقص فعلى هذا"[3].

ولكن اشترط جمهور الفقهاء:

أن لا تبلغ الحكومة أرش جرح مقدر ، فمثلاً إذا كان الجرح مما قبل الموضحة كالسمحاق فلا يجوز أن يبلغ أرش الموضحة[4].

---

[1] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٧٨/٧) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٦٦١).
[2] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٧٨/٧) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٦٦١) .
[3] - ابن قدامة : المغني (٩/ ٦٦١) .
[4] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٧٨/٧) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٦٦١) ، الشيرازي : المهذب (٢٨٠/٢) .

وذهب الإمام مالك أنه ما تخرجه الحكومة كائنًا ما كان لأنها جراحة لا مقدار فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن[1] .

المسلك الثاني :

وذهب بعض الأحناف و الشافعية:

أن تقدير الجروح أو العجز بالنظر إلى دية العضو المجنى عليه لا من دية النفس[2] .

فمثلا : إذا حصل العجز في اليد وكان هذا العجز يمثل عشرة في المائة(١٠%) من وظائف اليد ، فتكون دية العجز هي عشر دية اليد وهي مقدرة (بخمسة جمال) وذلك لان دية اليد نصف الدية ، وإن كانت على أصبع وجب عشر دية الأصبع ، وإن كانت في الشجاج والجراح فتقدر إلى أقرب مثيلاتها ، فإذا كانت قريبة من الموضحة تحسب ربع أو خمس أو نصف أو غير ذلك من الموضحة ، وهكذا باقي الجروح .

وحجتهم : لأنا لو اعتبرناه من دية النفس لم نأمن أن تزيد الحكومة في عضو على دية العضو[3] .

الرأي المختار :

نذهب إلى اختيار المذهب الثاني الذي يقرب التقدير إلى اقرب مثيلاتها وذلك لما يأتي .

١. إن المسألة مسألة تقدير، ولا يوجد هناك نص للتقدير فالذهاب إلى المسلك الثاني لمعرفة التقدير والذي يُعتبر الطريقة العملية اليوم والتي تتيح للأطباء تقدير العجز الحاصل .

٢. طريقة التقدير على أساس فرض المجني عليه عبدًا لا واقع لها اليوم لعدم وجود الرقيق فلا يمكن معرفة القيم المختلفة ، فإن عاد الرق عدنا بالتقييم على أساسه .

ومما تقدم يتبين ما يلي :

- أن القضاء العرفي يعتمد على حل واحد في حل مسائل الجروح آلا وهو التقدير .
- بينما القضاء الشرعي يعتمد على ثلاثة أمور (القصاص – الدية – التقدير) .
- التقدير في القضاء العرفي حسب ما يراه القاضي سواء في الجروح المنصوص[4] على ديتها أم التي لا يوجد فيها نص .
- التقدير في القضاء الشرعي منضبط بالشرع في الجراح والشجاج المنصوص عليها ، بينما يترك التقدير في غير المنصوص عليها للقاضي .

وعليه كما بينا سابقا أن القضاء العرفي قائم على التقدير ، فيجب أن ينضبط التقدير بالمقادير التي حددها الشرع الحنيف .

---

[1] - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٠٨/٢) .

[2] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٧٨/٧) ، الشيرازي : المهذب (٢٩٢/٢) .

[3] - نفس المصادر .

[4] - كالموضحة ، الجائفة وغيرها من المنصوص على ديتها .

المطلب الثالث

الكسور و إتلاف الأعضاء في العرف، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية

أولا : الكسور و إتلاف الأعضاء في العرف .

ينظر القضاة العرفيون إلى مسائل الضرب التي ينتج عنها الكسر أو الإعاقة من القضايا التي يجب أن تعالج بحزم ، وأنه يجب أن توقع العقوبة اللازمةلردع الآخرين من اقتراف هذا النوع من الجرائم .

كيفية تقدير عقوبة الكسور و إتلاف الأعضاء في القضاء العرفي .

يقسم القضاة العرفيون هذه الجريمة إلي نوعين :

الأول : ضرب ينتج عنه كسور عادية ، تجبر بعد فترة وتصبح طبيعية .

الثاني : ضرب ينتج عنه نسبة عجز أو إعاقة .

ويقدر الصنف الأول بالتقدير العادي والذي يدخل فيه عامل التسامح والتخفيف فيكون التعويض قليلا ، وكما أسلفنا فإن التقدير خاضع لمتغيرات المجتمع .

أما الكسر الذي ينتج نوعا من الإعاقة أو العجز فإنهم يقدرون العقوبة الجازمة التي تتناسب مع هذه الحادثة ويكون التقدير والتعويض في هذه الحال كبيرا، ولانتشار الوعي الديني أصبح هذا التقدير منضبط بالشرع الإسلامي كما أفصح هذا بعض القضاة الذين تم سؤالهم عن كيفية التقدير ، مثلا إذا نتج عن الضرب شلل في اليد فإنهم يقدرونها بنصف الدية ، وهكذا في باقي التقديرات[١].

ثانيا : الكسور و إتلاف الأعضاء في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية

- كما قدمنا أن القضاء العرفي في عملية التقدير أصبح يلاحظ التقدير الشرعي في الضرب أو الكسر الذي يحدث نسبة عجز ، أما في الضرب أو الكسر الذي لا يحدث نسبة عجز فالأمر يرجع إلى اجتهاد القاضي العرفي في التقدير .
- أما في القضاء الشرعي فرق الفقهاء بين الضرب الذي ينتج عنه كسور ، وبين الضرب الذي يحدث نسبة عجز .

أولا : ضرب ينتج عنه كسور عادية :

اختلف العلماء في الكسور هل فيها الحكومة أم فيها القصاص :

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا قصاص في العظم غير السن ، وإنما توجب الحكومة [2].

---

[1] - الحشاش : قضاة العرف والعادة (٧٤-٧٥) ، العبادي : الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٦٥)، ثابت : القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٨٩) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٧٨/٧) ، الشيرازي : المهذب (٢٩٠/٢) ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٦٦١).

وحجتهم في ذلك : أن دون العظم حائلا من جلد ولحم وعصب يتعذر معه المماثلة فلو أمكنت لحكمنا بالقصاص ولكنه لا يصل إلى العظم حتى ينال ما دونه مما لا يعرف قدره[1] .

واستدلوا أيضا بحديث نمران بن جارية عن أبيه" أن رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف من غير المفصل فقطعها فاستعدى النبي r فأمر له بالدية فقال يا رسول الله إني أريد القصاص فقال خذ الدية بارك الله لك فيها ولم يقض له بالقصاص"[2].

فدل هذا الحديث على عدم القصاص في العظم لعدم المماثلة .

قال الطحاوي اتفقوا على أنه لا قصاص في عظم الرأس فليلتحق بها سائر العظام[3] .

وصاروا إلى الحكومة لعدم وجود التقدير المحدد في الكتاب أو السنة.

المذهب الثاني :

ذهب الإمام مالك إلى القصاص في العظام إلا في الفخذ للخوف منه أو لعدم المماثلة[4] .

وحجته الحديث :

أن أنسا حدثهم أن الربيع وهي ابنة النضر كسرت ثنية جارية فطلبوا الأرش وطلبوا العفو فأبوا فأتوا النبي r "فأمرهم بالقصاص فقال أنس ابن النضر أتكسر ثنية الربيع يا رسول الله ؟ لا والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال: يا أنس كتاب الله القصاص ، فرضي القوم وعفوا فقال النبي r : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره"[5].

قال ابن عبد البر :"هذا الحديث حجة لمالك وهو حديث ثابت وإذا كان القصاص في السن إذا كسرت وهي عظم فسائر العظام كذلك إلا عظما اجتمعوا على أنه لا قصاص فيه لخوف ذهاب النفس منه أو لأنه لا يقدر على الوصول فيه إلى مثل الجناية بالسواء"[6].

الرأي المختار :

نذهب إلى رأي الجمهور أن لا قصاص في العظم وذلك بما يأتي :

١. انه لم يثبت حديث في القصاص من العظام سوى السن و هو محل اتفاق في القصاص فوجب الوقوف على النص واعتبار القصاص في السن لا غير .

٢. إن الإمام مالك لم ير القصاص في كل عظم مثل عظم الفخذ والرقبة[1] ، وكان الأصل على مذهبه أن يجريه على العظم ، ولكن لاعتبارات أخرى منع القصاص مثل خوف ذهاب النفس أو عدم المماثلة ، نقول أن هذا الاعتبار موجود في كل عظم فوجب الذهاب إليه .

---

[1] - العسقلاني : فتح الباري (٣١٤/١٢) .
[2] - ابن ماجة : سنن ابن ماجة (٤٤٦) رقم الحديث ٢٦٣٦ وضعفه الألباني، البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٦٥/٨) رقم الحديث ١٥٨٨١ .
[3] - العسقلاني : فتح الباري (٣١٤/١٢) .
[4] - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٠٨/٢) ، مالك : المدونة الكبرى(٥٧٠/٤) .
[5] - البخاري: الجامع الصحيح (٣/ ١٨٦) رقم الحديث ٢٧٠٣ .
[6] - ابن عبد البر : الاستذكار (١٨٥/٨) .

ثانيا : ضرب ينتج عنه نسبة عجز أو إعاقة :

قسم الفقهاء العجز إلي نوعين وهو ما يطلقون عليه تفويت المنافع [2] :

الأول : العجز الكلي :

وتجب فيه الدية الكاملة بتفويت منفعة الجنس ، وهى تفوت بإبانة كل الأعضاء التي من جنس واحد وهي أربعة أنواع: نوع لا نظير له في البدن[٣]، ونوع في البدن منه اثنان[٤]، ونوع في البدن منه أربعة[٥]، ونوع في البدن منه عشرة[٦] ،أو بإذهاب معانيها[٧] مع بقاء صورتها[8] .

الثاني : العجز الجزئي :

فيجب فيها التقدير لتفويت بعض منفعة الجنس دون بعضها الآخر كإتلاف يد واحدة أو إصبع واحدة أو جزء من اليد أو جزء الإصبع[9] .

والقاعدة عند الفقهاء أنه إذا فات المعنى كله وجبت فيه الدية، فإن فات بعضه وجب فيه بعض الدية بنسبة ما فات، هذا إذا كان التبعيض معروفًا كذهاب الإبصار من عين دون أخرى ، أو كذهاب السمع من أذن دون أخرى ، وإن حصل عجز جزئي غير مقدر شرعا فيقدر اجتهادا بحسب هذا العجز[١٠].

والعمدة في التقدير عند الفقهاء هو الحديث الذي روي من طريق عمرو بن حزم عن أبيه عن جده :" أن رسول الله r كتب إلى أهل اليمن كتابا فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فقرئت على أهل اليمن هذه نسختها من محمد النبي r إلى شرحبيل بن عبد كلال ونعيم بن عبد كلال والحارث بن عبد كلال قيل ذي رعين ومعافر وهمدان أما بعد وكان في كتابه أن من أعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فإنه قود إلا أن يرضي أولياء المقتول وأن في النفس الدية مائة من الإبل وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل

---

1 - مالك : المدونة الكبرى(٥٧٠/٤) .

2 - سمي عن الفقهاء بتفويت المنافع .

3 - وهي : الأنف، اللسان، الذكر، الصلب، مسلك البول، مسلك الغائط، الجلد، شعر الرأس، شعر اللحية.

4 - وهي : اليدان، الرجلان، العينان، الأذنان، الشفتان، الحاجبان، الثديان، الأنثيان، الشفران، الإليتان، اللحيان.

5 - وهي : أشفرا العينين ، أي منابت الأهداب.

6 - وهي : أصابع اليدين - أصابع الرجلين.

7 - أي فقدان العمل مع بقاء الأصل مثل العقل والبصر والشم والسمع والذوق والجماع والإيلاء والمشي والبطش والكلام .

8 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٥٨/٧) الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (٣٨/٣) ، ابن قدامة : الكافي في فقه الإمام احمد (٢٦/٤)، ، ابن قدامة : المغني (٩/ ٤٨١) .

9 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٦٣/٧) ، الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب (٣٨/٣)، ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٠٨/٢) .

10 - انظر المطلب السابق في كيفية التقدير .

وفي السن خمس من الإبل وفي الموضحة خمس من الإبل وأن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار "[1] .

ومما يتقدم يتبين ما يلي :

أن القضاء العرفي كان يقدر الديات بحسب ما يراه القاضي حسب متغيرات المجتمع ، أما اليوم فإن القضاء العرفي أصبح يتقيد في التقدير بالشريعة الإسلامية .

وبذلك يتبين اتفاق القضاء العرفي مع القضاء الشرعي في تقدير الديات .

[1] - النسائي :سنن النسائي (٧٤٠) رقم الحديث ٤٨٥٣ وضعفه الألباني ، يقول ابن عبد البر : هو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد لأنه أشبه المتواتر في مجيئه ابن عبد البر : التمهيد (٣٣٨/١٧) .

المبحث الثالث

قضايا النساء

ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : الاعتداء على العرض (ارتكاب الفاحشة) في العرف ، ومقارنته بالشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني : الاعتداء على العرض (دون ارتكاب الفاحشة) في العرف ،ومقارنته بالشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث : أنواع الزواج في العرف، ومقارنته بالشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

الاعتداء على العرض (ارتكاب الفاحشة) في العرف ، ومقارنته بالشريعة الإسلامية

أولا :الاعتداء على العرض(ارتكاب الفاحشة) في العرف

الاعتداء على العرض هي من الجرائم الكبرى في العرف ، وقد يبذل الإنسان كل ما يملك بالدفاع عن عرضه، وقد قسم العرف الاعتداء على العرض لدائرتين :

أولا : دائرة الرضا وتتمثل بما يأتي[1]:

(٢)عاقبة السرح :

وهي المرأة التي تتأخر عمدا في مناطق السرح أي المرعى عن موعد عودتها إلى الليل ، وذلك لضرب موعد مع رجل ليمارسوا الفاحشة ، وحكمها في القضاء العرفي إذا ثبت ذلك (ثوب يستر عورتها) من كما يقولون ، ولا يترتب حكم المنشد .

(٢) حاملة خلقها :

وهي المرأة التي تمارس الزنا برضاها دون إكراه .

ويترتب على ذلك.

- القتل من قبل أهلها.
- أو أن يتم زواجها بالفاعل .
- إذا تقاضوا عند القضاة العرفين ، فإن هذا النوع من النساء لا تستحق من الحقوق شيئا ، إلا أنهم قالوا (لها ثوب يستر عورتها) .

(٣) المتحرية والمتطرية :

وهي المرأة التي تخبر أهلها بالزنا بعد وقوعه ، وتكتم ذلك الفعل مدة طويلة أو قد تظهر بوادر الحمل وسميت متحرية لأنها تتحرى وصول ذلك الشخص ، وسميت متطرية أي هي التي تتطرى أي تتذكر بعد مدة ، وتدعي بأنها اغتصبت .

ويترتب عليها من الأحكام العرفية ما يترتب على حاملة خلقها غير أن الحكم العرفي على الفاعل أن يدفع دخوله للبيت .

(٤)دافعة بطنها :

وهي المرأة التي تفعل الفاحشة ، ولا تخبر احد إلا بعد ظهور آثار الحمل ، والأحكام المترتبة على هذه القضية :

---

[1] - العارف : القضاء بين البدو(١٣٥ وما بعدها) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (38وما بعدها) ، العبادي : الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٨١وما بعدها)، ثابت القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٠٣وما بعدها) ، غيث : قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي (١٤٠وما بعدها) ، مقابلات مع بعض رجال العرف.

.

- القتل من قبل أهلها لدفن هذا العار .
- أو أن يتم زواجها بالفاعل .

والحقيقة وان تعددت الأسماء فهي تدل على مدلول واحد وهي المرأة التي تمارس الفاحشة بطيب خاطر ، وأن الأحكام العرفية على هذا الأمر ضعيفة ورمزية .

ثانيا :دائرة العنف والقسر وتتمثل بما يأتي[١] :

(١)**صائحة الضحى** : يقال لها بالعرف (صايحة الضحى) ،وهي المرأة التي يعتدى على عرضها في وقت ضحى وهي وتستغيث ويسمع صراخها الجيران على أن يكون الاعتداء جبريا .

وأصبح اليوم مفهوم (صائحة الضحى)رمزا لكل امرأة يعتدى عليها أي على عرضها سواء في وقت الضحى أو غيره من الأوقات .

ولها من الحقوق في القضاء العرفي أنها تخضع لأحكام المنشد وهي أقصى عقوبة في القضاء العرفي[٢].

(٢)الاعتداء ليلا :

وفي هذه الحالة يتم الاعتداء على المرأة ليلا ، وفي هذه الحالة يجب أن تستغيث في الحال لأنه إن تأخرت عن الاستغاثة ، فإن الحكم في هذه الحالة قد يكون أقل من حكم (صائحة الضحى) لأن الشك قد يدخل في أن يكون الاعتداء برضا المرأة ، أما أن استغاثت في الحال فالحكم في هذه الحال هو حكم (صائحة الضحى) وهو المنشد .

ملاحظة : يجب أن يلاحظ عدة أمور في صائحة الضحى أو في الإعتداء ليلا .

- يجب أن تكون الاستغاثة على الفور لان أي تأخير من المرأة يعتبر رضا .
- أن تكون الاستغاثة قبل أن ترى أي شخص ، فأن رأت أي شخص ثم استغاثت لا يؤخذ فيها حكم المنشد لشبهة التراضي بينهما .

واثبات ذلك يكون بالشهادة ،فإن شهد الشاهد أنه سمع الاستغاثة فالحكم في ذلك هو الحكم المترتب على(صايحة الضحى) ، وإن استغاثت عندما رأت الشاهد فالحكم في هذه الحالة هو الحكم المترتب على دائرة الرضا .

(٣) المخطوفة :

هي تلك المرأة التي يتم اختطافها سواء أكانت بكرا أم ثيبا .

وينقسم الخطف إلى أنواع:

---

[1] - العارف : القضاء بين البدو(١٣٥ وما بعدها) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (38وما بعدها) ، العبادي : الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٨١وما بعدها)، ثابت القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٠٣وما بعدها) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - أنظر أحكام المنشد (١١١)

النوع الأول : الخطف الإجباري[1] :

هو الخطف الذي يتم من احد أفراد عائلة معينة لامرأة معينة دون رضاها وجبرا عنها ودون علم أهلها.

والأحكام العرفية المترتبة على ذلك هي : فورة الدم ، أحكام المنشد .

النوع الثاني : الخطف الإرادي[2] :

وينقسم إلى حالات :

الحالة الأولى : أن يتم خطف امرأة ما من قبل شخص ما ويكون هذا الخطف برضا الطرفين ، ولكن اختطفها لجبر أهلها لتزويجها منه ، ويكون أمينا في كل مراحل اختطافه لها .

والأمانة تتمثل فيما يأتي :

(١) إشهاد شهود على عملية الاختطاف من أول عملية الخطف ، وعلى أنه لم يمسها بأي شيء ، بمعني أنه لم يعتدي على عرضها .

(٢) أن يضعها بعد الخطف عند شيخ عشيرة لحمايتها وتسمى في العرف (دخيلة أو طنيبة) ، وهذا بدوره يقوم بحماية المرأة وتبلغ أهلها أنها عنده ، وهو الذي يسعى بين الخاطف وبين الأهل لأجل الوصول إلى الحل .

(٣) استعداد الشهود للشهادة على ما حصل من عدم مساس الخاطف بالمخطوفة .

ويترتب عليها ما يأتي :

- أما أن يقبل الأهل بالزواج بينهما .
- وإما أن يجبر على الجلوس للقضاء ، ولكن الحكم المترتب على ذلك هي اقل من الخطف الجبري والعقوبة المترتبة علية تقديرية.

ملاحظة هذا الأمر يكاد أن يكون معدوما ، إلا انه كان موجود قديما ،وهو موجود في القبائل البدوية التي تسكن سيناء .

الحالة الثانية :

يكون الخطف برضا الطرفين ولكن ليس لزواج منها ولكن ليمارسوا الفاحشة أي معاشرة الأزواج.

والأحكام العرفية المترتبة على ذلك ما يأتي :

- الأخذ على يد المرأة بحزم وقد يؤدي في كثير من الأحيان قتلها .
- في بعض الأحيان يتم تزويجهما بعضهم البعض .
- الخضوع لأحكام المنشد .

---

[1] - العارف : القضاء بين البدو(١٣٥ وما بعدها) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (38وما بعدها) ، العبادي : الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٨١وما بعدها)، ثابت القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٠٣وما بعدها) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - نفس المصادر .

الاغتصاب :

هي المرأة التي يم الاعتداء عليها وغصبها على الزنا سواء أكانت بكرا أم ثيبا .

ويترتب عليها من الأحكام العرفية :

- تزويج الفتاة بالغاصب .
- أو قتل الفتاة عند رفض الزواج منها ، وعلى الغاصب دفع دية الفتاة.
- أو أحكام المنشد [١].

ثانيا : الاعتداء على العرض في(ارتكاب الفاحشة) في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية.

ومما تقدم يتبين أن أحوال المرأة تتمثل بأفعال إرادية أو أفعال غير إرادية في العرف :

الأفعال الإرادية وتتمثل بما يلي :

عاقبة السرح ، حاملة خلقها ، دافعة بطنها ، المتحرية المتطرية ، الخطف الإرادي .

الأفعال الغير الإرادية وتتمثل بما يأتي :

صاحية الضحى ، صايحة الليل ، الخطف القسري ، الاغتصاب .

والأحكام العرفية المترتبة على هذه الأفعال تتمثل بما يأتي .

(١)حكم المنشد سواء المتعلق العرك (دخول البيت) أو بالاعتداء على العرض[٢] .

(٢)القتل من قبل الأهل[٣] .

(٣)زواج الفاعلين(زواج التستر)[٤] .

(٤)فورة الدم[٥]، لكن فورة الدم في هذه الحالة في الدفاع عن العرض أي القتال من اجله .

(٥)أحكام الخطف .

(٦)أحكام الاغتصاب .

وهذه الأحكام منها ما قدمنا بحثه ، ومنها ما سوف يأتي ببحث مستقل (كزواج التستر) ، وبناء عليه يمكن حصر البحث الشرعي في نقاط :

(١)أحكام الخطف .

(٢)أحكام الاغتصاب .

وسنعمل على تبين الحكم الشرعي :

---

1 -، العارف : القضاء بين البدو(١٣٥ وما بعدها) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (38وما بعدها) ، العبادي : الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٨١وما بعدها)، ثابت القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٠٣وما بعدها) مقابلات مع بعض رجال العرف .

2 - انظر لتفسير(المنشد) والحكم الشرعي المتعلق به صفحة (١١١) .

3 - انظر إلى أحكام القتل المتعلقة بالدفاع عن العرض وقتل العرض صفحة (١٥٩) .

4 - سيأتي حكمه في المطلب الأخير في أنواع الزواج انظر صفحة (١٩٩) .

5 - انظر إلى فورة الدم في العرف وحكمها الشرعي صفحة(١٥٢) .

أولا : أحكام الخطف :

ينقسم الخطف إلى قسمين إرادي وغير إرادي .

– **الخطف الإرادي** : فإنه يخرج من دائرة الخطف ، لأن ذهاب المرأة مع الخاطف بإرادتها يخرجها من دائرة الإكراه ويدخلها في دائرة الرضا ، والإنسان يمتلك أفعاله وهو محاسب عليها .

وكما قدمنا أن الحكم العرفي في هذه الحالة هو حكم بسيط (ثوب يستر عورتها) ، أما في الشرع فهم محاسبون على فعلتهم ، فإذا حدث بينه الزنا فالحكم معروف وهو الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن ، وإن لم يحدث زنا فالعقوبة تعزيرية حسب ما يرها القاضي ، وكل ذلك إذا رفع إلى القاضي ، ولكن إذا لم يرفع إلى القاضي ، فلا مانع من التستر شرعا .

– **الخطف القسري** :

وقبل إعطاء الحكم في الخطف كان لابد من التدقيق في الواقعة وفي حال الخاطف .

الحالة الأولى : هي أن الخاطف يمتلك من القوة والغلبة بحيث لا يستطيع أهلها فعل أي شيء ، وهذا قد يشاهد في العائلات القوية فيكون واقع الخاطف واقع محارب أي (قاطع طريق) .

الحالـة الثانيـة : هي أن الخاطف لا يمتلك قوة بحيث إنه يستطيع أهلها إعادتها ، فيكون واقع الخطف هو واقع إكراه .

أولا :الحكم الشرعي الخطف القسري :

ينظر الحكم الشرعي في الخطف القسري على أنها الحرابة وهي من أشد الآثام ويترتب عليها أشد العقوبات .

***.قال تعالى :(** إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ**)**[١]

يقول ابن كثير : "آية المحاربة هي المضادة والمخالفة وهي صادقة على الكفر وعلى قطع الطريق وإخافة السبيل وكذا الإفساد في الأرض يطلق على أنواع من الشر"[٢]، والخطف نوع من أنواع الشر

* وما روي عن أنس رضي الله عنه قال:"قدم على النبي r نفر من عكل فأسلموا فاجتووا المدينة فأمرهم أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها ففعلوا فصحوا فارتدوا وقتلوا رعاتها واستاقوا الإبل فبعث في آثارهم فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم ثم لم يحسمهم حتى ماتوا"[٣] .

وبناء على ما تقدم يتبن ما يلي :

أن الخاطف يقع تحت موضوع الحرابة .

---

[1] - سورة المائدة : الآية (٣٣) .

[2] - ابن كثير : تفسير القرآن العظيم (٥٧/٣) .

[3] - البخاري :الجامع الصحيح (١٦٢/٨) رقم الحديث ٦٨٠٢ .

يقول القرطبي : "إلا أن يريد إخافة الطريق بإظهار السلاح قصدا للغلبة على الفروج فهذا أفحش المحاربة وأقبح من أخذ الأموال وقد دخل هذه في معنى قوله تعالى ويسعون في الأرض فسادا"[1].

قال ابن العربي : "ولقد كنت أيام تولية القضاء قد رفع إلي قوم خرجوا محاربين إلى رفقة ، فأخذوا منهم امرأة مغالبة على نفسها من زوجها ومن جملة المسلمين معه فيها فاحتملوها ، ثم جد فيهم الطلب فأخذوا وجيء بهم ، فسألت من كان ابتلاني الله به من المفتين ، فقالوا : ليسوا محاربين ؛ لأن الحرابة إنما تكون في الأموال لا في الفروج .

فقلت لهم : إنا لله وإنا إليه راجعون ، ألم تعلموا أن الحرابة في الفروج أفحش منها في الأموال ، وأن الناس كلهم ليرضون أن تذهب أموالهم وتحرب من بين أيديهم ولا يحرب المرء من زوجته وبنته ، ولو كان فوق ما قال الله عقوبة لكانت لمن يسلب الفروج ، وحسبكم من بلاء صحبة الجهال ، وخصوصا في الفتيا والقضاء"[2].

وعليه يجب على من بيده تنفيذ الحكم الشرعي الأخذ بيد من حديد على كل من تسول له نفسه بالاعتداء وخطف الأعراض وفق الأحكام الشرعية ولا يؤخذ بهم رحمة ولا رأفة .

وبناء على ما تقدم يتبين ما يلي :

- العرف يتخذ اشد الأمور وهو فورة الدم في مواجهة الخطف ، أو يتخذ حكم المنشد عند محاوله الاعتداء أو الاغتصاب على العرض[3] .
- القضاء الشرعي أيضا يرتب على الخطف حد الحرابة وهي اشد أنواع العقوبة في الإسلام .
- يتفق القضاء العرفي مع القضاء الشرعي في فورة الدم[4] (المقاتلة من أجل العرض) فقد روي عن النبي r أنه قال :"من قاتل دون ماله فقتل فهو شهيد ومن قاتل دون دمه فهو شهيد ومن قاتل دون أهله فهو شهيد "[5]، فالإسلام حض على القتال من اجل العرض .

ثانيا : الإكراه :

كما قدمنا أن الخاطف لا يمتلك قوة بحيث انه يستطيع أهلها إعادتها ، أو يمكن أن تستغيث فتستغاث فيكون واقع الخطف هو واقع إكراه .

نقول أن الخطف في هذه الحالة ليس عليها عقوبة مقدرة ، وإنما هي من باب التعزير .

وقد اتفق الفقهاء على مشروعية التعزير في كل معصية لا حد فيها و لا كفارة كوطء جاريته المشتركة أو مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج و سرقة ما لا يوجب الحد والجناية بما لا يوجب القصاص ونحو ذلك[1] .

---

1 - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن (١٥٦/٦) .
2 - ابن العربي : أحكام القرآن (٩٦/٢) .
3 - انظر أحكام المنشد صفحة(١١١) .
4 - لكن ليس على وجه مطابقة فورة الدم في حالة القتل .
5 - رواه النسائي(٦٣٢) رقم الحديث ٤٠٩٤ وصححه الألباني .

و روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن قول الرجل للرجل : يا فاسق يا خبيث قال : هن فواحش فيهن تعزير ليس فيهن حد ويجوز بالضرب و التوبيخ و بالحبس[٢].

وروي أيضا عنه : في الرجل يقول للرجل يا خبيث يا فاسق قال ليس عليه حد معلوم يعزر الوالي بما رأى[٣].

وروي عن أبي رجاء العطاردي قال : كان عمر وعثمان رضي الله عنهما يعاقبان على الهجاء[٤] .

ثانيا: أحكام الاغتصاب :

تتمثل حالات الاغتصاب في قضايا الخطف أو صايحة الضحى أو صاحية الليل .

وسنبين الحكم في المرأة المغتصبة والحكم في المغتصب .

١.حكم المرأة المكرهة على الزنا .

اتفق الفقهاء على أن المكرهة على الزنا لا إثم عليها ولا حد عليها[٥].

* عن ابن عباس عن النبي **r** قال إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[٦].

فهذا الحديث يبين أن أحكام الإكراه مرفوع عن الأمة .

* **قد بوب البخاري** بابا سماه "باب إذا استكرهت المرأة على الزنا فلا حد عليها "[٧]

ثم ذكر قوله تعالى **(**ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم**)** [٨].

وقال الليث حدثني نافع أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أن عبدا من رقيق الإمارة وقع على وليدة من الخمس فاستكرهها حتى افتضها فجلده عمر الحد ونفاه ولم يجلد الوليدة من أجل أنه استكرهها[٩]،وهذا دليل على أن عمر رضي الله عنه لم يقم الحد على المرأة المستكرهة .

***يقول ابن قدامة في المغني** :"ولا حد على مكرهة في قول عامة أهل العلم روي ذلك عن عمر و الزهري و قتادة و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا"[١٠].

٢. اختلفوا في وجوب دفع المهر لها .

---

1 - الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٤/ ٣٥٤) ، الكاساني : بدائع الصنائع (٧/٩٣) ، الشيرازي : المهذب (٢/٤٠٤) ، ابن قدامة : المغني(١٠/ ٢٠٦) .

2 - ابن قدامة : المغني(١٠/ ٢٠٦) .

3 - البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٨/٢٥٣) رقم الأثر ١٦٩٢٧ قال ابن حجر العسقلاني في تلخيص الحبير :وله طريق أخرى عنده عن عبد الملك عن شيخ من أهل الكوفة عن علي نحوه وزاد وإنما فيه عقوبة من السلطان فلا يعودوا ورواه سعيد بن منصور(٤/ ٨١) .

4 - البيهقي : سنن البيهقي الكبرى (٨/٢٥٣) رقم الأثر ١٦٩٢٨ حكم ابن عبد البر عليه بالصحة في الاستذكار(٧/ ٥١٨) .

5 - ابن نجيم : البحر الرائق (٥/٢١) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (٢/١٧١)، ابن قدامة : المغني (٥/٤١٢) ، .

6 - ابن ماجة :سنن ابن ماجة (٣٥٣) رقم الحديث ٢٠٤٥ وصححه الألباني، ابن حبان : صحيح ابن حبان (١٦/٢٠٢) رقم الحديث ٧٢١٩ .

7 - البخاري : الجامع الصحيح (٩/٢١) .

8 - سورة النور :الآية (٣٣) .

9 - البخاري : الجامع الصحيح (٩/٢١) .

10 - ابن قدامة : المغني (١٠/١٥٤) .

فذهب الجمهور إلى وجوب دفع المهر للمرأة[1] .

وحجتهم :أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فإذا كان الواطئ من أهل الضمان في حقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة[2].

وذهب أبو حنيفة : انه لا يجب المهر لأنه وطء يتعلق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طاوعته[3].

الرأي المختار: هو ما ذهب إليه الجمهور إلى وجوب دفع مقدار المهر وذلك لقياس المغتصبة على الوطء بالشبهة كما أن يثبت للموطوءة بشبهة مهر فكذلك المكرهة على الزنا .

٣. حكم المغتصب :

ينقسم الحكم بحسب حال المغتصب فان كان غير محصن فالحكم الجلد وتغريب عام وذلك لقوله تعالى: **(**الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ**)**[4].

وللحديث الذي رواه زيد بن خالد رضي الله عنه:عن رسول الله **r** " أنه أمر فيمن زنى ولم يحصن بجلد مائة وتغريب عام"[5].

أما إن كان محصنا فالحكم الرجم للحديث الذي رواه ابن عباس: أن النبي **r** "قال لماعز بن مالك أحق ما بلغني عنك ، قال وما بلغك عني ؟ قال أنك وقعت بجارية آل فلا فقال نعم قال فشهد أربع شهادات ثم أمر به **فرجم**"[6].

ومما تقدم يتبين ما يلي :

– أن القضاء العرفي يقسم العقوبة على المجني عليها إلى حكم القتل أو أن تتزوج من الجاني .

بينما القضاء الشرعي لا يعد المكرهة أو المغصوبة على الزنا أنها ارتكبت جناية حتى تعاقب عليها.

– العرف يحاسب الجاني إما بقتله من أهل الفتاة ، أو يخضع الجاني إلى أحكام المنشد .

بينما القضاء العرفي يحاسب الجاني إما بالجلد أو بالرجم حسب حال الجاني ، علاوة على دفع المهر لها على خلاف بين الفقهاء .

---

[1] - انظر : ابن قدامة : المغني (١٥٤/١٠) ، ابن فرحون : تبصرة الحكام (١٧١/٢)

[2] - ابن قدامة : المغني (٤١٢/٥) .

[3] - ابن نجيم : البحر الرائق (٢١/٥) .

[4] - سورة النور : الآية (٢) . .

[5] - البخاري :الجامع الصحيح (٣/ ١٧١) رقم الحديث ٢٦٤٩ .

[6] - مسلم : صحيح مسلم (١٣٢٠/٣) رقم الحديث ١٦٩٣ .

المطلب الثاني

الاعتداء على العرض (دون ارتكاب الفاحشة) في العرف ،ومقارنته بالشريعة الإسلامية

أولا : الاعتداء على المرأة دون العرض

١. المحاولة (اللمز ، الغمز ، إخراج اللسان) :

هي محاولة الرجل الاحتكاك بالمرأة بالقول أو الهمز أو اللمز ،كأن يمد لسانه للمرأة أو يغمز بعينه ، أو أن يلمز المرأة بكلام حسن أو بذيء

الحكم العرفي في ذلك :

هو أن يقطع لسانه أو أن تفقع عينه أو يفتدي ذلك بالمال ،ولابد للجاني شراء اللسان أو العين من أهل الفتاة بالمبلغ الذي يحددانه .

٢. القذف :

إذا طعن رجل في شرف فتاة فعليه أن يأتي بالأدلة والبراهين على هذا الاتهام وكما يقولون في العرف (اثبت ونحن نقلع شوكنا) ، فإن لم يثبت قوله **فإن الحكم العرفي كما يلي :**

١. تعتليه أحكام المنشد (ويمكن أن يكون الحكم في هذه الحالة قطع اللسان أو نحت الأسنان أو أن يفتديه بالمال) .

٢. أن يرفع رايات بيضاء في ثلاث بيوت مشهورة بالقضاء العرفي ويقول :هذه راية فلان بيضاء[١].

ثانيا :الاعتداء على المرأة دون العرض في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية .

١. المحاولة (اللمز ، الغمز ، إخراج اللسان) :

– كما قدمنا فإن الحكم في القضاء العرفي في هذه الأمور القلع أو الفقع أو قطع اللسان لو الافتداء بمال .

– أما في القضاء الشرعي فإنه كما قدمنا سابقا أن الأمور التي لا توجب حدا يتوجب لها التعزير، والتعزير حسب ما يراه الإمام من ضرب أو حبس أو غير ذلك مما يراه مناسبا للحل[٢].

أما الحكم عليه بالقطع أو الفقع فهذا لم يرد في كتاب ولا سنه وعليه فهو مردود لحديث عائشة رضي الله عنها قالت :قال رسول الله r (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)[3].

---

[1] - العارف : القضاء بين البدو(١٣٥ وما بعدها) ، الحشاش : قضاة العرف والعادة (38وما بعدها) ، العبادي : الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية (١٨١وما بعدها)، ثابت القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٠٣وما بعدها) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

[2] - انظر أحكام الإكراه .

[3] - البخاري: الجامع الصحيح (١٨٤/٣) رقم الحديث ٢٦٩٧، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٤٣/٣) رقم الحديث ١٧١٨.

٢. القذف :

– مما تقدم أن الحكم العرفي للقذف هو إما أن يثبت صحة ما يدعيه أو تعتليه حكم المنشد .

أما **حكم القذف في الشرع فهو كما يلي :**

بين الإسلام حكم القذف واعتبره من كبائر الآثام ، فقد قال الله عز وجل في كتابه العزيز :**(**والَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ**)**[١].

يقول الطبري : والذين يشتمون العفائف من حرائر المسلمين فيرمونهن بالزنا ثم لم يأتوا على ما رموهن به من ذلك بأربعة شهداء عدول يشهدون عليهن أنهن رأوهن يفعلن ذلك فاجلدوا الذين رموهن بذلك ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الذين خالفوا أمر الله وخرجوا من طاعته ففسقوا عنها[٢].

وقد قال النبي **r** " اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا يا رسول الله وما هن ؟ قال :الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات" [٣].

فحكم القذف هو الجلد ليس غير وليس قطع اللسان أو نحت الأسنان .

يقول ابن قدامة : "وأجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف المحصن إذا كان مكلفا وشرائط الإحصان الذي يجب الحد بقذف صاحبه خمسة : العقل والحرية والإسلام والعفة عن الزنا وأن يكون كبيرا يجامع مثله "[٤].

ولكن بقيت **مسألة هل يجوز الصلح في القذف أي أن يدفع مالا مقابل الإعفاء عنه .**

مذهب الأحناف : قالوا إن حد القذف إذا ثبت فأنه لا يجوز العفو عنه و الإبراء و الصلح و كذلك إذا عفا المقذوف قبل المرافعة أو صالح على مال فذلك باطل و يرد بدل الصلح و له أن يطالبه بعد ذلك[٥] ، ومن هذا النص يتبين لا يجوز الصلح على القذف .

مذهب المالكية : قالوا إن بلغ الإمام لم يجز العفو وإن لم يبلغه جاز العفو.

وقالوا : لأن هذا الأمر كان للمدعي حتى يبلغ السلطان فلما بلغ السلطان وقامت البينة انقطع ما كان لهذا المقذوف فيه من حق وصار الحق لله [٦].

وعليه جواز الصلح قبل الوصول إلى الإمام أما بعد الوصول فلا .

---

1 - سورة النور : الآية (٤) .
2 - الطبري : جامع البيان عن تأويل آي القرآن (٢٦٥/٩) .
3 - البخاري :الجامع الصحيح (١٠/٤) رقم الحديث ٢٧٦٦ .
4 - ابن قدامة : المغني (١٩٢/١٠) .
5 - الكاسائي : بدائع الصنائع (٧٢/٦) .
6 - الإمام مالك : المدونة الكبرى (٤٨٨/٤)، ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤٤٢/٢) .

مذهب الشافعية و الحنابلة :

ذهبوا إلى أن حد القذف من حقوق العبد سواء قبل بلوغه السلطان أو بعد بلوغه[١].

المذهب المختار هو ما ذهبت إليه الشافعية والحنابلة .

فقد وردت أحاديث تدل على أن العرض من حق العبد و يجوز المصالحة عليه .

* فعن قتادة قال:"أيعجز أحدكم أن يكون مثل أبي ضيغم أو ضمضم شك ابن عبيد كان إذا أصبح قال اللهم إني قد تصدقت بعرضي على عبادك"[٢].

*وعن عبد الرحمن بن عجلان قال : قال رسول الله **r** : " أيعجز أحدكم أن يكون مثل أبي ضمضم ؟ " قالوا ومن أبو ضمضم ؟ قال " رجل فيمن كان قبلكم " بمعناه قال " عرضي لمن شتمني[٣].

وهذا يدل على أن العرض مملوك فهو إذا من حقوق العباد .

واستدل الإمام النووي : بقول الرسول **r** "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام " فأضاف العرض إلينا كإضافة الدم والمال، فوجب أن يكون ما في مقابلته للمقذوف كالدم والمال ، ولأنه حق على البدن إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع فكان للآدمي كالقصاص[٤].

قال أبو جعفر الطحاوي لما كان حد القذف يسقط بتصديق القذف للقاذف دل انه حق للآدمي لا حق لله [٥].

وبناء على ما تقدم فإنه يجوز الصلح بين القاذف و المقذوف مقابل المال أو مقابل أي شيء آخر بشرط أن يكون حلالا .

وعليه جواز ما يفعله القضاة العرفيون من الصلح في هذا المجال .

---

1 - انظر : المرداوي : الإنصاف(١٠/٢٠٠) ، النووي : المجموع (١٧/٣٩٤) .

2 - أبو داود :سنن أبي داود (٧٣٣) رقم الحديث ٤٨٨٦ وصححه الألباني .

3 - أبو داود :سنن أبي داود (٧٣٣) رقم الحديث ٤٨٨٧ قال أبو داود وحديث حماد أصح(يعني هذه الرواية) ، وضعفه الألباني.

4 - النووي : المجموع (١٧/٣٩٤) .

5 - ابن عبد البر : الاستذكار (٧/٥١٦) .

المطلب الثالث

أنواع الزواج في العرف، ومقارنته بالشريعة الإسلامية

أولا : أنواع الزواج في العرف .

مع نمو الوعي الديني في القطاع ووجود المحاكم الشرعية لم يبق من أنواع الزواج شيء سواء زواج البدل أو زواج الغرة، ولم يبق إلا زواج التستر أو زواج الزناة مع بعضهم البعض للستر على الحادثة . وسنتعرض إلى بيان الأنواع مع إعطاء الحكم الشرعي في كل نوع .

أولا : زواج البدل :

كان هذا النوع من الزواج دارجا في الماضي بين البدو بصورة خاصة لعدم وجود الوعي الديني أو لعدم وجود المحاكم الشرعية .

فكان الأخ أو الأب يزوج بنته أو أخته على شرط أن يعطي الآخر بنته أو أخته له دون دفع أي مهر لأي منهما ، وكانوا يقولون أن هذه المرأة مهر لهذه المرأة .

وكان المأثور عنهم قولهم (ألي ما عنده أخت ما بتجوز) أي الذي لا يوجد عنده أخت لا يستطيع أن يتزوج .

ولكن عند البحث وجد أنه يتم إعطاء المرأة بعض اللباس وغطاء للرأس على اعتبار انه مهرها[١] .

ملاحظة : هذا الأمر معدوم في القطاع لأن الكل يذهب إلى المحاكم الشرعية لعقد الزواج .

ثانيا: الزواج بالغرة[٢] :

هي المرأة التي تساق مع الدية أو هي مقابل الدية ، ويأخذها أولياء المقتول أو أحد أقرباء المقتول ، ولا تقام لها مراسيم الزواج ، وتبقى عند هذا الرجل حتى تنجب لهم ذكرا ويصبح رجلا ، وحين يكبر تقلده سيفا ثم تذهب إلى ديوان العشيرة ، وتسألهم أليس هذا رجلا فتجاب بلى ، فتقول رجل مكان رجل أي هذا مقابل المقتول ، فتأخذ نفسها وكل ما تملك وتذهب إلى أهلها ، وقد يلحق بها هذا الرجل ويخطبها من جديد ويتزوجها بمهر وتقام لها مراسيم الزواج ، وقد تعامل وهي غرة معاملة حسنة ، وقد تعامل معاملة الرقيق ، والخلاصة أن النظرة إلى هذه المرأة بأنها عبدة أي تشبه الرقيق إلى أن تضع مولودا يسد مسد المقتول[٣] .

---

1 - مقابلات مع بعض رجال العرف .

2 - الصحيح أن (الغرة) محل اختلاف بين القضاة العرفين هل هو زواج أم هي امرأة تساق مع الدية ، منهم من قال إن هذا الأمر زواج ومنهم من قال بل هي (غرة) لا زواج ، ونحن بنينا بحثنا على أنه ليس بزواج حتى نبين ما هو الحكم في ذلك ، وإذا كان زواج فالكل يعرف أحكام الزواج .

3 - الحشاش : قضاة العرف والعادة (38وما بعدها) ، ثابت القضاء العشائري عن قبائل بئر السبع(١٦٠) ، مقابلات مع بعض رجال العرف .

وقد كان الأمر سائدا إلى عهد قريب إلى أن انتهي هذا الأمر ، إلا أن هذا الأمر موجود في بعض قبائل سيناء .

رابعا: زواج التستر :

هذا الزواج يتم للتستر على جريمة الزنا ،أي يتم زاوج الزاني بالمرأة التي يزني بها ، وللمحافظة على سمعة العائلة ، وهذا الأمر دارج في بين الناس لمعالجة هذا الأمر[١] .

ثانيا : أنواع الزواج في العرف مقارنة بالشريعة الإسلامية .

أولا : زواج البدل :

هذا النوع من الزواج يسمى زواج الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل أزوجك أختي على أن تزوجني أختك على أن يكون مهر كل واحد منهما نكاح الأخرى أو قالا ذلك في ابنتيهما أو أمتيهما

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن زواج الشغار زواج باطل وانه يجب الفسخ[٢].

وأدلتهم : حديث الذي رواه ابن عمر رضي الله عنهم:"أن رسول الله **r** نهى عن الشغار " [٣].

قال ابن قدامة :"إن جعل كل واحد من العقدين سلفا في الآخر لم يصح كما لو قال بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي وقولهم أن فساده من قبل التسمية قلنا لا بل إفساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزوجيه إياها مهرا للأخرى فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك[٤]".

وقال الخطيب الشربيني : "والمعنى في البطلان التشريك في البضع حيث جعل مورد النكاح امرأة وصداقا لأخرى فأشبه تزويج واحدة من اثنين"[٥].

وذهب أبو حنيفة إلى أن الزواج صحيح ويلغوا الشرط ويثبت لها مهر المثل[٦] .

وحجته :

أن هذا النكاح مؤبد أدخل فيه شرطا فاسدا حيث شرط فيه أن يكون بضع كل واحد منهما مهر الأخرى و البضع لا يصلح مهرا و النكاح لا تبطله الشروط الفاسدة ، على أن النهي ليس عن عين النكاح لأنه تصرف مشروع مشتمل على مصالح الدين والدنيا فلا يحتمل النهي عن إخلاء النكاح عن تسمية المهر،

---

[1] - هذا الأمر دارج بين الناس حتى اليوم .

[2] - الإمام مالك : المدونة الكبرى (٩٨/٢) ، الشافعي : الأم (٨٣/٥) ، ابن قدامة : المغني (٥٧٦/٧) .

[3] - البخاري :الجامع الصحيح (١٢/٧) رقم الحديث ٥١١٢.

[4] - ابن قدامة : المغني (٥٧٦/٧).

[5] - الخطيب الشربيني : مغني المحتاج (١٨٥/٣) .

[6] - السرخسي : المبسوط (١٠٥/٥) ، الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٠٤/٢) .

ثم قالوا أن من المتفق عليه أن الزواج بمهر باطل يصح مثل أن يكون مهرها ميتة أو خنزير فيصح الزواج ويلغوا الشرط ويثبت لها مهر المثل فكذلك هنا[١].

الرأي المختار :

الذي نذهب إلى اختياره هو رأي أبي حنيفة ، وذلك أن النكاح إذا انعقد بأركانه صح ، وطالما أن الشروط لم تتعلق بماهية العقد فالعقد صحيح وإذا تعلق بشرط فاسد يصح العقد ويلغوا الشرط .

وان كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل ، وان الشروط إذا خالفت مقتضي العقد فيصح العقد ويلغوا الشرط والدليل على ذلك الحديث الذي رواه عروة بن الزبير قالت عائشة رضي الله عنها "دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتري وأعتقي فإنما الولاء لمن أعتق ثم قام النبي صلى الله عليه وسلم من العشي فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال ما بال أناس يشترطون شروطا ليس في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق"[٢] .

وجه الدلالة أن النبي **r** أمضى العقد وألغى الشرط .

وبناء على ما تقدم سيتبين بطلان زواج البدل عند الجمهور ، وفساد هذا الزواج عند أبي حنيفة فيلغوا الشرط ويصح العقد .

ثانيا: الزواج بالغرة :

كما قدمنا زواج الغرة هو تقديم المرأة للمعتدى عليهم ، لكي تنجب عندهم ، وبعد ذلك يتم تخيرها أما أن تبقى وإما أن تعود إلى أهلها .

نقول أن هذا الزواج باطل شرعا وذلك من وجوه عدة :

١. جعل هذه المرأة بمثابة أنها رقيق فهذا لا يجوز شرعا فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه: عن النبي **r** قال : "قال الله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره" [٣].

قال ابن حجر : "قال المهلب وإنما كان إثمه شديدا لأن المسلمين أكفاء في الحرية فمن باع حرا فقد منعه التصرف فيما أباح الله له وألزمه الذل الذي أنقذه الله منه ، وقال ابن الجوزي الحر عبد الله فمن جنى عليه فخصمه سيده"[٤].

٢. هذا الزواج إلى أجل أي وقت معلوم وهو وضع مولودا لهم ، فعلى هذا الاعتبار يكون زواجا مرتبطا بوقت ، أي أنه زواج متعة .

---

[1] - انظر : السرخسي : المبسوط (١٠٥/٥)، الكاسائي : بدائع الصنائع (٤٠٤/٢) .
[2] - البخاري :الجامع الصحيح (٧١/٣) رقم الحديث ٢١٥٥ ، الإمام مسلم : صحيح مسلم (٢/ ١١٤١) رقم الحديث ١٥٠٤.
[3] - البخاري :الجامع الصحيح (٨٢/٣) رقم الحديث ٢٢٢٧ .
[4] - ابن حجر العسقلاني : فتح الباري (٥٩٦/٤) .

وهذا الزواج حرام للحديث الذي ورد فيه إن النبي r "نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر"[١].

٣.تؤخذ على أنها جزء من الدية أو أنه دية .

لم يرد في الكتاب ولا في السنة أن تكون المرأة الحرة دية ، وإنما الذي ورد في السنة أن النبي r "قضي في دية الجنين غرة فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها فقضى رسول الله r فيها بغرة عبد أو أمة"[2] .

وكأن طال عليهم الأمد فاختلطت الأحكام فأصبحت المرأة الحرة هي الدية بدلا من الأمة .

٤. والناظر في هذا الزواج لا يرى عقدا ولا تسمية للمهر ، فبالتالي هذا زواج باطل .

وعليه يكون زواج الغرة باطل وهو مردود شرعا .

رابعا: زواج التستر :

هذا الزواج للتستر على جريمة الزنا .

مشروعية هذا الأمر :

نقول في غياب الإمام المسلم ليطبق الحدود والتعازير لا يستطيع احد أن يطبق الحد على هؤلاء العصاة وهذا متفق عليه وكما قدمنا سابقا .

وقد ذهب العلماء إلىجواز زواج الزاني بالزانية مع اختلافهم في الشروط :

فذهب أبو حنيفة إلى جواز الزواج ولكنه فرق بين زواج الحامل وغيرها ، فقال في زواج الحامل انه لا يجوز وطئها مادامت حامل ، بمعني أن يجوز زواجها ولكن لا يجوز وطئها[3] .

وقال إن الزنا لا يلحق به نسب فلا عدة له فيجوز الزواج ، أما بالنسبة لوطئ الحامل وقال أن لا يجوز له أن يطأها ما لم تضع كي لا يكون ساقيا ماءه زرع غيره [4] .

وذهب الإمام مالك : إلى أنه لا يجوز له الزواج بها حتى تستبرىء بحيضة إن كانت غير حامل وان تضع الحمل أن كانت حامل[5] .

وذهب الإمام الشافعي : إلى جواز الزواج مطلقا سواء أكانت حاملا أم غير ذلك وله الدخول بها أيضا ،وقال إن ماء الزاني غير محترم وحكمه لا يلحق نسبه[6] .

وذهب الإمام احمد : إلى الزواج بها ولكن بشروط ، وهي شرط التوبة وشرط الإستبراء واختلفت

---

[1] - البخاري :الجامع الصحيح (١٢/٧) رقم الحديث ٥١١٥.

[2] - البخاري: الجامع الصحيح (١١/٩) رقم الحديث ٦٩٠٤، الإمام مسلم : صحيح مسلم(١٣٠٩/٣) رقم الحديث ١٦٨١.

[3] - ابن نجيم : البحر الرائق (١٠٨/٣) .

[4] - ابن نجيم : البحر الرائق (١٤٧/٤) .

[5] - الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل(٤/ ٢٢٣) .

[6] - الشافعي : الأم (١٣/٥) .

الرواية عنه فقال في رواية تستبرئ بحيضة وفي أخرى تستبرىء بثلاث حيضات[1].

الرأي المختار :

والذي نميل إلى ترجيحه وهو رأي الإمام الشافعي وذلك لما يأتي :

١. أن الله أباح الزواج بالمسلمات مطلقا **(**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ**)**[٢] فتشمل أي امرأة كانت ، ثم أن هذه نسخت آية **(**الزَّانِي لاَ يَنكِحُ إلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ[٣]**)**[٤] .

٢. أن الزانية ليس لها عدة ، لأنها ليست في كتاب الله ولا سنة النبي r عدة فالقول بأن لها أن تستبرىء بحيضة أو ثلاث حيضات ليس عليه دليل .

وبناء على ما تقدم يتبين أن ما يفعله القضاة العرفيون من تزويج مرتكبي الفاحشة ، ومن الستر على الفاعلين هو جائز شرعا والله أعلم ، وسنذكر بعض الآثار على ذلك :

*افرد عبد الرزاق بن همام الصنعاني في مصنفه بابا سماه "باب الرجل يزنى بامرأة ثم يتزوجها" وذكر بعض الآثار نذكر منها.

*عن عطاء قال كان بن عباس يقول في الرجل يزني بالمرأة ثم يريد نكاحها قال أول أمرها سفاح وآخره نكاح[٥] .

*عبيد الله بن أبي يزيد قال سألت بن عباس عن الرجل يصيب المرأة حراما ثم يتزوجها قال الآن حسن أصاب الحلال قال وقال لي ابن عباس وما يكره من ذلك قلت إنه يقول إنه كذا وكذا قال فهو كذا [٦].

*عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال سئل أبو بكر الصديق رضي الله عنه عن رجل زنى بامرأة ثم يريد أن يتزوجها قال ما من توبة أفضل من أن يتزوجها خرجا من سفاح إلى نكاح[٧].

* وأيضا قد افرد ابن أبي شيبة عنوانا تحت "في الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها "[٨].

---

[1] - ابن قدامة : المغني (٥١٥/٧) .
[2] - سورة النور : الآية (٣٢) .
[3] - سورة النور : الآية (٣) .
[4] - انظر : الشافعي : أحكام القرآن (١٧٩/١) .
[5] - عبد الرزاق : المصنف (٢٠٢/٧) رقم الأثر ١٢٧٨٥ .
[6] - عبد الرزاق : المصنف (٢٠٣/٧) رقم الأثر ١٢٧٩١ .
[7] - عبد الرزاق : المصنف (٢٠٤/٧) رقم الأثر ١٢٧٩٥ .
[8] - ابن أبي شيبة : مصنف ابن أبي شيبة (٢٤٨/٤) .

تم بحمد الله وفضل

النتائج :

أثناء دراستي ومراجعتي وتقليب الأحكام العرفية ومدى مطابقتها للشريعة الإسلامية ، تبين لي انه لما كانت الأمة الإسلامية تحكم بالشريعة الإسلامية على مدار ألف و أربعمائة سنة تقريبا توارثت الناس هذه الأحكام، ومع طول الأمد غاب الدليل وبقي الحكم متوارثا بين الناس ، يحكم به على أنه عادات بين الناس ، فمنه ما بقي على حاله وهذا يجب أن يعاد إلى دليله ، ومنه ما حرف عن موضعه وأصبح يخالف الشرع ، وهذا مما يجب أن يستبدل بالشرع .

ومن النتائج التي توصلت عند الاطلاع على القضاء العرفي أن كثيرا من الأحكام العرفية توافق الدليل مثل :

(١)أدلة الإثبات في العرف من (شهادة – إقرار – ويمين – وقرائن) موافقة للأدلة الإثبات في الشرع الإسلامي .

(٢)إن الإجراءات القضائية من بدوة ،وعطوة،ووجه، ورزقة ، وكفالة كلها موافقة للشريعة الإسلامية .

(٣)توسع رجال الإصلاح من رجال العرف في دائرة الصلح ،وهي الدائرة المتاحة شرعا ، جائز شرعا .

وأيضا من النتائج التي توصلت لها من الأعراف والتي تخالف الشرع مثل :

(١)عدم الرجوع في الإقرار في جميع القضايا في القضاء العرفي ،بينما في القضاء الشرعي يعتبر الرجوع في الإقرار المتعلق بحق الله .

(٢)اعتبار البشعة من أدلة الإثبات وهذا مخالف للشريعة الإسلامية .

(٣)الأحكام المتعلقة بالقتل من الثار ،وقعود النوم كلها مخالف للشرع .

وأخيرا نقول أنه يجب البحث عن كل حكم بعينه من الأحكام العرفية ،حتى لا تطلق أحكام الكفر أو الضلالة أو التفسيق على من يتعامل بها .

التوصيات :

(١)عقد دورات لرجال الصلح الشرعيين للتعرف على الأحكام العرفية من قبل مختصين في القضاء العرفي ، ليتم تميز الأحكام الموافقة للشريعة من المخالفة لها .

(٢)عقد دورات لرجال الصلح العرفيين للتعرف على الأحكام الشرعية المتعلقة بالقضاء العرفي .

(٣)تبادل الاستشارة بين رجال الاصلاح في العرف وبين المختصين بالشرع .

(٤)وضع نسخ من هذه الرسالة عند القضاء العرفيين لتكون لهم مرجعا في الأحكام الشرعية .

ملخص الدراسة

هدفت الدراسة إلى معرفة (القضاء العرفي) ومدى موافقته للشريعة الإسلامية من حيث حقيقة القضاء العرفي وأنواع قضاته وشروطهم وأدلة الإثبات في القضاء العرفي والإجراءات القضائية في المجالس العرفية ثم التعرض إلى أهم القضايا في المجتمع من قضايا القتل والاعتداء على ما دون النفس وقضايا العرض ، ومقارنتها بالشريعة الإسلامية ووجوه الاتفاق والافتراق بين القضاء العرفي والقضاء الشرعي ، وقد تحدثت عن هذه المسائل في ثلاثة فصول مسبوقة بفصل تمهيدي وذلك على النحو التالي :

الفصل التمهيدي ويتكلم عن حقيقة القضاء الشرعي والعرفي وحكمهما وأنواع قضاتهما ويحتوي على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حقيقة القضاء الشرعي والعرفي .

المبحث الثاني : حكم القضاء الشرعي والعرفي .

المبحث الثالث : أنواع القضاة في الشرع والعرف .

ثم **الفصل الأول** وهو عن أدلة الإثبات في القضاء العرفي ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : الشهادة .

المبحث الثاني : اليمين .

المبحث الثالث : الإقرار .

المبحث الرابع : القرائن .

ثم كان **الفصل الثاني** في الإجراءات القضائية في العرف والحكم الشرعي في ذلك . ويحتوي على أربعة مباحث :

المبحث الأول : الإجراءات الأولية .

المبحث الثاني : الجلوس للتقاضي .

المبحث الثالث : إصدار الحكم .

المبحث الرابع : العدف (الاستئناف)

ثم **الفصل الثالث** ويعرض فيه الأحكام العرفية لأهم القضايا في المجتمع وحكمها الشرعي. ويحتوي على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : قضايا القتل والديات .

المبحث الثاني: قضايا الاعتداء على ما دون النفس.

المبحث الثالث : قضايا النساء .

و قد سجل الباحث في نهاية بحثه النتائج والتوصيات التي توصل إليها .

Abstract

Study Aims: The purpose of this study was aimed to know (traditional justice) and the approval of Islamic law in terms of the fact that traditional justice and the types of judges and their terms and evidence in the eradication of customary and judicial proceedings in the traditional councils, and exposure to the most important issues in the community of cases of murder, assault and presentation issues.
Research Methodology: adopted a descriptive approach
Conclusions: I found out that, since the Islamic nation ruled by sharia, the Islamic orbit thousand and four hundred years ago inherited people these provisions, and with a long term, absent evidence and ruling remained Mtwartha among the people, judged that the habits among the people, there are some remained unchanged and this should be returned to its index, and from what a character for position and became a violation of Islam, and this is something that must be replaced by sharee'ah. And the findings when reviewing the traditional justice that many of the martial law agree directory such as:
(1) evidence in the custom of the (Certificate - Adoption - and right - and indications) The consent of the evidence in Islamic law.
(2) The proceedings of the Game Network, and Atwa, and face, and to ensure that all approval of Islamic law.
Recommendations:
(1) convene the sessions of the peace officers to identify legitimate martial law by specialists in the eradication of customary, to be marked by the approval of the provisions of the law of the offending.
(2) the exchange of advice between the men of reform in the custom among professionals sharee'ah.
Signing of the student's supervisor sign Musharraf graduate

الفهـــارس العامـــة

- فهرس الآيات
- فهرس الأحاديث والآثار
- المراجع
- الفهرس

فهـرس الآيـــــــــــات

٢٦.	(وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللّه ُ..................)	المائدة	٤٨	٢٨، ٣١
٢٧.	(لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ..............)	المائدة	٨٩	٧٢
٢٨.	(أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ........)	المائدة	١٠٦	٦٥ ،٧٧
٢٩.	(قُل لاَّ أَقُولُ لَكُمْ عِندِي خَزَآئِنُ اللّهِ.............)	الأنعام	٥٠	١٠٣
٣٠.	(وعَلَى الأَعْرَافِ رِجَالٌ ....)	الأعراف	٤٦	٩
٣١.	(قَالَ الْمَلأُ الَّذِينَ اسْتَكْبَرُواْ مِن قَوْمِه............)	الأعراف	٨٨	١٥٤
٣٢.	(شَاهِدِينَ عَلَى أَنفُسِهِمْ بِالْكُفْرِ..................)	التوبة	١٧	٤٩
٣٣.	(وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ. ....)	يوسف	26	٩٩
٣٤.	﴿ قال اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ عليم ﴾	يوسف	٥٥	٢٢
٣٥.	(وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ..........)	يوسف	٧٢	١٢٦
٣٦.	(وَعَلامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ................)	النحل	١٦	١٠٠
٣٧.	﴿ فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ.........)	النحل	٤٣	٤٢
٣٨.	(وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ.........)	النحل	١٢٦	١١٧
٣٩.	(لاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى......................)	الإسراء	١٥	١٥٢،١٥٥
٤٠.	(وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاه ....)	الإسراء	٢٣	٦
٤١.	(وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ ....)	الإسراء	٣٣	١٥٢
٤٢.	(إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً........................)	الإسراء	٣٤	١١٢
٤٣.	(وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ....)	الإسراء	٣٦	٦٢
٤٤.	(مِن قَبْلِ أَن يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ ....)	طه	١١٤	٦
٤٥.	(الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ................)	النور	٢	١٩٢
٤٦.	(الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً...........)	النور	٣	٢٠٤
٤٧.	(والَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ......................)	النور	٤	٦٣،٦٥،١٩٦
٤٨.	(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ........................)	النور	٦	٦٥
٤٩.	(وْلَا جَاؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء...................)	النور	١٣	٦٣ ،٦٥
٥٠.	(وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ.........................)	النور	٣٢	٢٠٤
٥١.	(ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن.........)	النور	٣٣	١٩٣
٥٢.	(وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ......................)	الفرقان	٧٢	٦٢
٥٣.	(فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ........................)	سبأ	١٤	٦
٥٤.	(قالوا إنكم كنتم تأتوننا عن اليمين..............)	الصافات	٢٨	٧٢

٥٥.	(فرَاغَ عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِالْيَمِينِ.....................)	الصافات	٩٣	٧٢
٥٦.	(فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ.........................)	فصلت	١٢	٦
٥٧.	﴿ تِلْكَ الدَّارُ الْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ ......﴾	فصلت	٨٣	٢٣
٥٨.	(وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا.......................)	الشورى	٤٠	١١٧
٥٩.	(إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُون................)	الزخرف	٨٦	٦٢
٦٠.	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ...........)	الحجرات	٦	٤٠، ٦٤
٦١.	(وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ.....)	الطلاق	٢	٦٥،٦٣،٥٧، ٦٩
٦٢.	(وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا..............................)	المرسلات	١	٩

فهـرس الأحاديـــث والآثـــــار

٢٧.	"إن سمراء بنت نهيك الأسدية رضي الله عنها أدركت......"	٤٣
٢٨.	"أن عمر بن الخطاب قتل نفرا خمسة أو سبعة برجل......"	١٥٧
٢٩.	"إن للخصومة قحما.."	١٢٧
٣٠.	"أن النبي r ابتاع من أعرابي فرسا........................"	٦٤
٣١.	أن النبي r رد اليمين على طالب الحق..................."	٧٩
٣٢.	" أن النبي r سأله رجل عن اللقطة........................"	١٠٠
٣٣.	"أن النبي r قال لماعز بن مالك.........................."	١٩٤
٣٤.	"أنه أمر فيمن زنى ولم يحصن بجلد مائة................"	١٩٤
٣٥.	"أنه سئل عن قول الرجل للرجل : يا فاسق يا خبيث......."	١٩٢
٣٦.	"أنه **فدى يمينه** بعشرة آلاف درهم.........................."	٨٠
٣٧.	"أنه ولى الشفاء ، امرأة من قومه.........................."	٤٣
٣٨.	"أو قتل غير قاتله أو قتل بذحول الجاهلية................"	١٥٧
٣٩.	"أول أمرها سفاح وآخره نكاح............................."	٢٠٤
٤٠.	"أيعجز أحدكم أن يكون مثل أبي ضيغم..................."	١٩٧
٤١.	"بعث النبي r إلى اليمن عليا............................."	٤١
٤٢.	" تعال فاستقد ، فقال بل عفوت يا رسول الله............."	١٧٣
٤٣.	"جاء أعرابي إلى النبي r " فقال إني رأيت الهلال........."	٥٨،٦٤
٤٤.	"خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف........................"	١١٧
٤٥.	"رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنْ النَّائِمِ............................"	٦٩
٤٦.	"الزعيم غارم..."	١٢٤
٤٧.	شاهداك أو يمينه.."	٦٥،٧٧، ٦٣
٤٨.	"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا......................"	٨٠،١١٢،١١٣،١٥٤
٤٩.	"عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد....................."	١٤٨
٥٠.	"عن الرجل يصيب المرأة حراما ثم يتزوجها.......... ....."	٢٠٤
٥١.	"فأراد أن **يشتري يمينه**...................................."	٨١
٥٢.	"فأمر بقطعه فقال صفوان أتقطعه........................."	١٣٣
٥٣.	" فإن اعترفت فارجمها ...."	٨٩
٥٤.	"فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام................"	١٥٥
٥٥.	"فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل أو يقتلوا..........."	١٥٦

٨٥.	"وعلى أهل الذهب ألف دينار............................."	١٦٧
٨٦.	"وفي النفس المؤمنة مائة من الإبل........................."	١٦٤، ١٧٧
٨٧.	"يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذي امرأتي فإن ...."	١٦٠
٨٨.	"يحلف منكم خمسون رجلا ...."	١٦٢
٨٩.	"يقتل القاتل ويصبر الصابر..............................."	١٥٨
٩٠.	"يقسم فافتدى يمينه منهم بألف درهم فأدخلوا مكانه رجل...."	٨١

المـراجــــــــــــع

أولا : كتب القرآن وعلومه :

(١)القرآن الكريم .

(٢)الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، **أحكام القرآن للشافعي** ، جمعه أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، كتب هوامشه : عبد الغني عبد الخالق ، قدم له : محمد زاهد الكوثري ، الطبعة الثانية(١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) مكتبة الخانجي – القاهرة

(٣)الشوكاني محمد بن علي بن محمد الشوكاني(ت١٢٥٥ه) ، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير** ، طبعة سنة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) ، دار الفكر لبنان بيروت .

(٤)الطبـري أبـو جعفـر محمـد ابـن جريـر الطبـري(٣١٠هـ) ،**جـامع البيـان عـن تأويـل القرآن**(تفسير الطبري)، دار المعارف – مصر .

(٥) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، بدون طبعة **الناشر دار الشعب – القاهرة**

(٦) ابن كثير عماد الدين أبو الفداء بن كثير القرشي الدمشقي (ت٧٧٤ه) ، **تفسير القرآن العظيم** ، طبعة منقحة متضمنة تحقيقات العلامة محمد ناصر الدين الألباني ، خرج أحاديثه محمود بن الجميل ووليد بن محمد بن سلامة وخالد بن محمد بن عثمان ، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) مكتبة الصفا.

ثانيا : السنة وشروحها :

(٧) أبو داود أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني(٢٧٥ه) ، **سنن أبي داود** ، حكم علي أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني ، واعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ، الطبعة الأولى(١٤١٧هـ - ١٩٩٧م) ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع - الرياض .

(٨) أحمد أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت٢٤١ه) ،**مسند الإمام أحمد بن حنبل** ،المحقق شعيب الأرنؤوط ،عادل مرشد ، وآخرون ، إشراف عبد الله بن عبد المحسن التركي ، الطبعة : الأولى(١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م) ، مؤسسة الرسالة .

(٩) البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، **الجامع المسند الصحيح** المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه

وأيامه ،تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ) ، دار طوق النجاة

(١٠) البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي ، **سنن البيهقي الكبرى** ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى(١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) ، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة .

(١١) --- أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، **شعب الإيمان** ، تحقيق محمد السعيد بسيوني زغلول ، الطبعة الأولى(١٤١٠هـ - ١٩٨٩م) ، دار الكتب العلمية - بيروت .

(١٢) الترمذي محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، **سنن الترمذي** ، حكم علي أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني ، واعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ، الطبعة الأولى(١٤١٧هـ - ١٩٩٧م) ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع - الرياض .

(١٣) ابن حبان محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، **صحيح ابن حبان** بترتيب ابن بلبان ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، الطبعة الثانية(١٤١٤هـ - ١٩٩٣م) ، مؤسسة الرسالة - بيروت .

(١٤) الحاكم محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، **المستدرك على الصحيحين** مع تعليقات الذهبي في التلخيص ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى(١٤١١هـ - ١٩٩٠م) ، دار الكتب العلمية - بيروت .

(١٥) الدارقطني أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي ، **سنن الدارقطني** ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني ،(١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م) ، دار المعرفة - بيروت .

(١٦) الزيلعي جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت ٧٦٢هـ)، **نصب الراية لأحاديث الهداية** مع الهداية شرح بداية المبتدئ ، تحقيق أحمد شمس الدين ، الطبعة الأولى(١٤١٦هـ - ١٩٩٦م) ، دار الكتب العلمية ، بيروت -لبنان .

(١٧) الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، **مسند الشافعي** ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بدون طبعة.

(١٨) الشوكاني محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت١٢٥٥هـ) ، **نيل الأوطار** شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، ضبط وتحقيق كمال الجمل ،الشيخ

محمد بيومي ، عبد الله المنشاوي ، الشيخ صلاح عويصة ، الطبعة الأولى(١٤١٩هـ - ١٩٩٩م) ، مكتبة الإيمان بالمنصورة .

(١٩) ابن أبي شيبة أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي(ت٢٣٥ هـ) ، **مُصنف ابن أبي شيبة**، تحقيق محمد عوامة ، طبعة الدار السلفية الهندية .

(٢٠) الصنعاني محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني (ت١١٨٢هـ) ، **سبل السلام** شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ،تحقيق إبراهيم عصر ، الطبعة الثامنة(١٤١٤هـ - ١٩٩٣م) ، دار الحديث – مصر .

(٢١) الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني ، **المعجم الكبير** ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي ، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م) ، مكتبة العلوم والحكم – الموصل .

(٢٢) ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ) ، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد** تحقيق مصطفى بن أحمد العلوى و محمد عبد الكبير البكرى ، مؤسسة القرطبه ، بدون طبعة .

(٢٣) --- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي(ت ٤٦٣هـ) ، **الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار** ، تحقيق سالم محمد عطا–محمد علي معوض ، سنة النشر (٢٠٠٠م) دار الكتب العلمية – بيروت .

(٢٤) عبد الرزاق أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، **مصنف عبد الرزاق** ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ،الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ) ،المكتب الإسلامي – بيروت .

(٢٥) العجلوني إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي بن عبد الغني العجلوني ،**كشف الخفاء** ومزيل الإلباس عما اشتهر في الأحاديث على السنة الناس ، تحقيق عبد العزيز الخالدي ، طبعة سنة(٢٠٠١م) دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان .

(٢٦) العسقلاني أبو الفضل أحمد بن على بن حجر العسقلاني الشافعي (ت٨٥٢هـ) ، **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، تحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود و الشيخ على محمد معوض ، الطبعة الأولى (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م) ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

(٢٧) --- أبو الفضل أحمد بن على بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ) **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** طبعة جديدة منقحة ومصححة ومضبوطة عن الطبعة

التي حقق أصلها الشيخ عبد العزيز بن باز ومحمد فؤاد عبد الباقي ، الطبعة الأولى(١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) ، دار مصر للطباعة.

(٢٨) العظيم آبادي أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، **عون المعبود شرح سنن أبي داود** ، مع شرح الحافظ شمس الدين ابن قيم الجوزية ، الطبعة الأولى(١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

(٢٩) ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣هـ) ، **سنن ابن ماجة** ، حكم علي أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني ، واعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ، الطبعة الأولى(١٤١٧هـ - ١٩٩٧م) ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع - الرياض .

(٣٠) مالك لإمام الأئمة وعلم المدينة مالك بن أنس ،(ت١٧٩هـ) ، **الموطأ** ، تحقيق محمود بن جميل ،الطبعة الأولى(١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م) ،مكتبة الصفا ،مطابع دار البيان الحديثة .

(٣١) مسلم أبو الحسين مسلم بن الحجاج مسلم القشيري النيسابوري ، **صحيح مسلم** ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت بدون طبعة

(٣٢) النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي(ت٣٠٣هـ) ، **سنن النسائي** ، **المجتبى** حكم علي أحاديثه وآثاره وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني ، واعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان ، الطبعة الأولى(١٤١٧هـ - ١٩٩٧م) ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع - الرياض .

(٣٣) --- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، **سنن النسائي الكبرى** ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن ، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م) ، دار الكتب العلمية - بيروت .

(٣٤) النووي الامام محيى الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ) ، **صحيح مسلم شرح النووي** ، تحقيق صلاح عويصة ،وخرج أحاديثه صلاح عويصة ، راجعه لغويا محمد شحادة ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) ، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع .

(٣٥) الهيثمي نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، سنة النشر(١٤١٢هـ) ، دار الفكر - بيروت .

ثالثا : كتب المذاهب الفقهية :

الفقه الحنفي :

(٣٦) الحصكفي محمد بن على بن أحمد بن عبد الرحمن النفي الحصكفي(ت١٠٨٨هـ) ، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار** ، وجامع البحار للتمرتاشي (ت١٠٠٤هـ) في فروع الفقه الحنفي ، حققه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم ، الطبعة الأولى(١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م) دار الكتب العلمية بيروت –لبنان .

(٣٧) الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الثانية ، أعيد طبعه بالأوفست ، الناشر دار المعرفة – بيروت .

(٣٨) السرخسي شمس الدين السرخسي ، **المبسوط** ، الطبعة الثانية دار المعرفة – لبنان

(٣٩) السمناني أبو القاسم علي بن أحمد الحبي السمناني(ت٤٩٩هـ) ، **روضة القضاة** وطريق النجاة، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ–١٩٨٤م)، مؤسسة الرسالة ، بيروت، دار الفرقان . عمان .

(٤٠) الشيخ زاده عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده(ت١٠٧٨هـ) ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، تحقيق خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور سنة النشر (١٤١٩هـ – ١٩٩٨م) ، دار الكتب العلمية ، لبنان/ بيروت .

(٤١) الطرابلسي علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل الطرابلسي(ت٨٤٤هـ) ، **معين الحكام** فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ،الطبعة الثانية (١٩٧٢م) ، شركة مطبعة البابي الحلبي وأولاده .

(٤٢) ابن عابدين محمد أمين الشهير بابن عابدين ،**حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار** ، الطبعة الثانية (١٣٨٦هـ – ١٩٦٦م) ، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

(٤٣) ––– محمد أمين الشهير بابن عابدين ، **مجموعة رسائل ابن عابدين** ، الطبعة الثانية أعيد طبعه بالأوسفت ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت –لبنان .

(٤٤) . القدوري أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي(٤٢٨هـ) ،**الكتاب** ، مطبوع مع اللباب ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده– القاهرة .

(٤٥) الكاسائي علاء الدين أبو بكر مسعود الكاسائي الحنفي (ت٥٨٧هـ) ، **بدائع الصنائع** في ترتيب الشرائع ، الطبعة الأولى(١٤١٧هـ – ١٩٩٦م) ،دار الفكر .

(٤٦) الميداني عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي ، **اللباب في شرح الكتاب** على مختصر المشتهر باسم الكتاب الذي صنفه الامام أبو الحسن احمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي (ت٤٢٨هـ) حققه وضبطه وعلق على حواشيه محمود أمين النواوي ، دار الحديث طباعة ونشر وتوزيع حمص بدون طبعة.

(٤٧) ابن نجيم زين الدين ابن نجيم الحنفي(ت٩٧٠هـ) ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الثانية أعيد طبعه بالأوفست ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان .

(٤٨) --- زين الدين ابن نجيم الحنفي(ت٩٧٠هـ) ، **الأشباه والنظائر** على مذهب أبي حنيفة النعمان ، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ – ١٩٩٣م) دار الكتب العلمية بيروت – لبنان

(٤٩) نظام الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام ، **الفتاوى الهندية** في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، وبهامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية ، الطبعة الثانية (١٣١٠هت) دار الفكر .

(٥٠) ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي(ت٦٨١هـ) **شرح فتح القدير** على الهداية شرح بداية المبتدئ ، ومعه شرح العناية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (ت٧٨٦هـ) ، وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي حلبي ، وبسعدي أفندي (ت٩٤٥هـ) بدون طبعة شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

الفقه المالكي :

(٥١) ابن جزي ابن جزي ، **القوانين الفقهية** ،طبعة(١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م) ، دار المعرفة الدار البيضاء– المغرب .

(٥٢) الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب(ت٩٥٤هـ) ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، الطبعة الثانية(١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م) .

(٥٣) الخرشي أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي ، **الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، بدون طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

(٥٤) الدردير أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، **الشرح الكبير** على مختصر خليل، دار أحياء الكتب العلمية – مصر بدون طبعة

(٥٥) الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، بدون طبعة ،طبع بدار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

(٥٦) ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٩٥هـ) ،**بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ،الطبعة العاشرة (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) ، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان .

(٥٧) عليش محمد عليش ، **شرح منح الجليل على مختصر خليل** ، طبعة(١٩٨٤م) دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان .

(٥٨) ابن فرحون برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الامام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون ، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ، الطبعة الأولى(١٣٥١هـ) دار الكتب العلمية بيروت – لبنان .

(٥٩) القرافي شهاب الدين أبو العباس احمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي(ت٦٨٤هـ) ، **كتاب الفروق** أنوار البروق في أنواء الفروق ، دراسة وتحقيق محمد احمد سراج ، على جمعة محمد ، الطبعة الثانية(١٤٢٨هـ – ٢٠٠٧م) ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع .

(٦٠) ـــ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، **الذخيرة** ، تحقيق محمد بوخبزة ، الطبعة الأولى (١٩٩٤م)، دار العرب الإسلامي ،بيروت .

(٦١) . مالك مالك بن أنس الأصبحي ، **المدونة الكبرى** ومعها مقدمات ابن رشد ، بدون طبعة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

(٦٢) المواق أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق(ت٨٩٧هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، هامش على مواهب الجليل ، الطبعة الثانية(١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م) .

(٦٣) **المالكي** أبو الحسن علي بن خلف المنوفي المالكي المصري ، **كفاية الطالب** الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي سنة النشر (١٤١٢هـ) ،دار الفكر – بيروت .

الفقه الشافعي:

(٦٤) البيجرمي سليمان بن عمر بن محمد البيجرمي الشافعي ، **حاشية البيجرمي** على المنهج المسماة التجريد لنفع العبيد على شرح منهج الطلاب وبالهامش الشرح المذكور ومعه نفائس ولطائف منتخبة من تقرير الشيخ محمد المرصفي على

الحاشية ، الطبعة الأخيرة ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م) ، شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

(٦٥) الحصني تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي ، **كفاية الأخيار** في حل غاية الاختصار ، تحقيق محمد بكر إسماعيل ، بدون طبعة دار إحياء التراث الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي .

(٦٦) ابن أبي الدم القاضي شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم(ت٦٤٢هـ) ، **أدب القضاء** ، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) ، دار الكتب العلمية - بيروت .

(٦٧) الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** في فقه على المذهب الامام الشافعي (١٠٠٤هـ) الطبعة الأخيرة(١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .

(٦٨) السيوطي جلال الدين عبد الرحمن السيوطي(ت٩١١هـ) ،**الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية** ، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه على مخطوطتين كاملتين محمد محمد تامر ،و حافظ عاشور حافظ ، الطبعة الثانية (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م) ، دار السلام مصر .

(٦٩) الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي(ت٢٠٤هـ) ، **الأم** وبهامشه مختصر المزني ، الطبعة الأولى(١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

(٧٠) الشربيني شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** على متن منهاج الطالبين ومعه المنهج السوي في ترجمة الامام النووي للإمام السيوطي وتعليقات الشيخ جوبلي الشافعي ، بإشراف صديق محمد جميل العطار ، الطبعة الأولى (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م) ، دار الفكر . بيروت .

(٧١) ---- شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** ، ضبط نصه وعلق عليه وخرج أحاديثه الدكتور محمد محمد تامر ، بدون طبعة .

(٧٢) الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** وقد وضع بأسفل الصفحة النظم المستعذب في غريب المهذب للعلامة محمد بن احمد بن بطال الركبي طبعة جديدة ومنقحة

ومصححة بإشراف صديق محمد جميل العطار(١٤١٩هـ - ١٩٩٩م) ، دار الفكر ، بيروت

(٧٣) العز بن عبد السلام أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي(ت٦٦٠هـ) ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، راجعه وعلق عليه عبد الرؤوف سعد ،الطبعة الثانية ((١٤٠٠أ - ١٩٨٠م) ، دار الجيل .

(٧٤) الغزالي محمد بن أجمد أبي حامد الغزالي (ت٥٠٥هـ) ، **الوسيط في المذهب** ، حققه وعلق عليه محمد محمد تامر ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة .

(٧٥) قليوبي وعميرة الأولى : لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي المصري(ت١٠٦٩هـ) ، والثانية لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة (ت٩٥٧هـ) ، **حاشيتان** على شرح جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت٨٦٤هـ) على منهاج الطالبين للنووي ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر - بيروت .

(٧٦) الماوردي أبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي (ت٤٥٠هـ) ، **الأحكام السلطانية** طبعة (١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م) ، دار الفكر لطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت - لبنان .

(٧٧) النووي محيي الدين النووي ، **المجموع شرح المهذب** ، بدون طبعة دار الفكر

(٧٨) . الهيتمي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن على ابن حجر الهيتمي(ت٩٧٤هـ) ، **تحفة الطالبين بشرح المنهاج** ، وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين في فقه الامام الشافعي للنووي ، ضبطه وصححه وخرج آيته عبد الله محمد عمر ، طبعة أولى (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م)دار الكتب العلمية - بيروت .

فقه الحنبلي :

(٧٩) البهوتي منصور بن يونس بن إدريس البهوتي(ت١٠٥١هـ) ،**كشف القناع عن متن الإقناع** ، مطبعة الحكومة بمكة طبعة(١٣٩٤هـ) .

(٨٠) --- البهوتي ، **الروض المربع شرح زاد المستنقع** ، تحقيق عماد عامر ،طبعة(١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م) دار الحديث - القاهرة .

(٨١) --- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي(ت١٠٥١هـ) ، **شرح منتهى الإرادات** المسمى : دقائق أولي النهى لشرح المنتهى ، بدون طبعة دار الفكر – القاهرة.

(٨٢) ابن تيمية أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، **منهاج السنة النبوية**، تحقيق د. محمد رشاد سالم ، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ) ، الناشر : مؤسسة قرطبة .

(٨٣) --- أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، **السياسة الشرعية** في إصلاح الراعي والرعية ، الطبعة الرابعة عشر (١٩٦٩م) .

(٨٤) . الفراء قاض القضاة أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي (ت٤٥٠هـ) ، **الأحكام السلطانية** طبعة سنة(١٤٢٢هـ – ٢٠٠٢م) ، دار الفكر ، بيروت –لبنان .

(٨٥) ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ) ، **المغني** ويليه الشرح الكبير لإبن قدامة المقدسي ، الطبعة الثانية (١٤١٧هـ – ١٩٩٧م) دار الفكر بيروت – لبنان .

(٨٦) --- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ) ، **الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل** ، خرج أحاديثه الشيخ سليم يوسف ، قرأه على المخطوطة وحققه سعيد محمد اللحام ، قدم له وراجعه صدقي محمد جميل ، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ – ١٩٩٨م) دار الفكر ، بيروت– لبنان .

(٨٧) --- شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن احمد بن قدامة المقدسي(ت٦٨٢هـ) ، **الشرح الكبير** ، مطبوع مع كتاب المغني لابن قدام ، الطبعة الثانية (١٤١٧هـ – ١٩٩٧م) دار الفكر بيروت – لبنان .

(٨٨) ابن القيم الجوزية شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية(ت٧٥١هـ) ، **أعلام الموقعين عن رب العالمين** ،رتبه وضبطه وخرج أحاديثه وآياته محمد عبد السلام إبراهيم الطبعة الثانية (١٤١٤هـ – ١٩٩٣م) دار الكتب العلمية بيروت – لبنان .

(٨٩) --- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية(ت٧٥١هـ) ،**إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان** ، تحقيق طه عبد الرؤف سعد ، دار إحياء الكتب العربية بدون طبعة .

(٩٠) --- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية(ت٧٥١هـ) ، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) ، دار الحديث – مصر .

(٩١) المرداوي علاء الدين أبي الحسن بن سليمان المرداوي الحنبلي ، **الإنصاف** في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل ، صححه وحققه محمد حامد الفقي ، الطبعة الأولى (١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م) .

(٩٢) المقدسي أبو النجا شرف الدين موسر الحجاوي المقدسي ، **الإقناع** في فقه الإمام أحمد بن حنبل (ت٩٦٨هـ) تصحيح وتعلق عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، بدون طبعة ،دار المعرفة – بيروت ، لبنان .

فقه المذاهب الأخرى :

(٩٣) ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت٤٥٦هـ) ، **المحلى** ، أحمد محمد شاكر ، بدون طبعة دار التراث – الحديث .

(٩٤) --- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت٤٥٦هـ) **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات** ، ونقد مراتب الإجماع لابن تيمية ، بدون طبعة ، دار الكتب العلمية – بيروت .

رابعا : كتب الأصول والقواعد :

(٩٥) ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت٤٥٦هـ) ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ضبط وتحقيق وتعليق د. محمود حامد عثمان ،الطبعة الأولى(١٤١٩هـ - ١٩٩٨م) ، دار الحديث . ٩٤.

(٩٦) ابن أمير الحاج ابن أمير الحاج (٨٧١هـ) ، **التقرير والتحبير** ، على تحرير الكمال ابن الهمام في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية ، وبهامشه شرح الامام جمال الدين الأسنوي في شرح منهاج الأصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي(ت٦٨٥هـ) ، الطبعة الأولى ، بالمطبعة الكبرى الأمرية ببولاق (١٣١٦هـ) ،الطبعة الثانية ،١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)،دار الكتب العلمية بيروت – لبنان .

(٩٧) الأصبهاني أبو الثناء شمس الدين محمود بن عبد الرحمن الأصبهاني(ت٧٤٩هـ) ، **بيان المختصر** وهو شرح مختصر ابن الحاجب في أصول الفقه ، تحقيق أ.د

علي جمعة محمد ، الطبعة الأولى(١٤٢٤هـ – ٢٠٠٤م) ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، القاهرة – مصر .
(٩٨) الآمدي سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن حمد الآمدي ، **الإحكام في أصول الأحكام** راجعها ودققها جماعة من العلماء وبإشراف الناشر طبعة سنة(١٤٠٠هـ – ١٩٨٠م) ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان .
(٩٩) الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، **قاعدة العادة محكمة** ، دراسة نظرية تأصلية تطبيقية ، بدون طبعة مكتبة الرشيد – الرياض .
(١٠٠) باز سليم رستم باز اللبناني ، **شرح المجلة** ، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة (١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م)، دار إحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان.
(١٠١) بدران بدران أبو العينين بدران، **أصول الفقه الإسلامي** ، طبعة سنة(١٩٨٤م) ، الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية .
(١٠٢) خلاف عبد الوهاب خلاف ، **علم أصول الفقه** ، الطبعة الثانية عشرة (١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م) الناشر دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع .
(١٠٣) الرازي فخر الدين محمد بن عمر الرازي ، **المحصول في علم الأصول** ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ،الطبعة الثانية (١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م) ، المكتبة العصرية ، صيدا – بيروت .
(١٠٤) الزحيلي وهبة الزحيلي ، **أصول الفقه الإسلامي** ، الطبعة الأولى(١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م) دار الفكر للطباعة والنشر و،دمشق– سورية .
(١٠٥) الزرقا أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، **شرح القواعد الفقهية** ، قام بتنسيق ومراجعة الطبعة الأولى د. عبد الستار أبو غدة ، الطبعة الثانية مصححة ومعلق عليها بقلم مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف) الطبعة الثانية(١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م) دار القلم – دمشق .
(١٠٦) --- مصطفى أحمد الزرقا ، **المدخل الفقهي العام** ، طبعة تاسعة منقحة ومزيدة ، دار الفكر .
(١٠٧) زيدان عبد الكريم زيدان ، **الوجيز في أصول الفقه** ، الطبعة الثانية(١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م) ، مؤسسة الرسالة – بيروت .
(١٠٨) الشوكاني محمد بن على بن محمد الشوكاني (ت١٢٥٠هـ) ، **إرشاد الفحول** إلى تحقيق الحق من علة الأصول ، علق عليه أحمد محمد سعدية ، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت –لبنان

(١٠٩) الطنطاوي محمود محمد الطنطاوي ، **أصول الفقه الإسلامي** ، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) .

(١١٠) الغزالي حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ) ، **المستصفى** في علم الأصول ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان .

خامسا : فقه الحديث .

(١١١) الأسطل أحمد محمد الأسطل ، **التحكيم في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)

(١١٢) أبو البصل د. عبد الناصر موسى أبو البصل ،**شرح قانون المحاكمات الشرعية**(ونظام القضاء الشرعي) ، الطبعة الأولى ، الإصدار الأول (١٩٩٩م) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان .

(١١٣) التكروري عثمان التكروري : **الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية** ، طبعة أولى(١٩٩٧م) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن .

(١١٤) حيدر علي حيدر ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ،بدون طبعة ، دار الجيل– بيروت .

(١١٥) الداعور أحمد الداعور ، **أحكام البينات** ، طبعة(١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م) مطابع الغندور – بيروت .

(١١٦) الزحيلي محمد مصطفى الزحيلي ، **أصول المحاكمات الشرعية والمدنية** ، (١٤٠٨هـ - ١٩٨٩م) حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة لجامعة دمشق ، مطبعة نار الكتب – دمشق .

(١١٧) .أبو زهرة محمد أبو زهرة ، **مالك حياته وعصره أراؤه وفقهه** ، الطبعة الثالثة (١٩٥٢م) .

(١١٨) زيدان عبد الكريم زيدان ، **نظام القضاء في الإسلام** ، الطبعة الثالثة (٢٠٠٠م) مؤسسة الرسالة ، بيروت – لبنان .

(١١٩) السرطاوي أ.د. محمود علي السرطاوي ، **التحكيم في الشريعة الإسلامية** ، الطبعة الأولى (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م) ، دار الفكر ناشرون وموزعون ، البتراء– عمان .

(١٢٠) عرنوس محمود محمد عرنوس ، **تاريخ القضاء في الإسلام** ، مكتبة الكليات الأزهرية ، بدون طبعة .

(١٢١) قرعانة : على محمود قرعانة ، **ملخص كتاب الأصول القضائية في المرافعات الشرعية** ومذكرة التوثيقات الشرعية ،الناشر مكتبة مصر ، بدون طبعة .

(١٢٢) قوتة عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوتة ، **العرف حجته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة** ، دراسة نظرية تأصلية تطبيقية ، قرأه وقدم له الشيخ ، عبد الله بن بيه ، الشيخ ، أحمد بن عبد الله بن حميد ، د. محمد بن علي القري بدون طبعة – المكتبة المكية .

(١٢٣) النبهاني تقي الدين النبهاني ، **أجهزة دولة الخلافة** ، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت – لبنان.

(١٢٤) ياسين أ.د. محمد نعيم ياسين ، **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية** وقانون المرافعات المدنية والتجارية ،الطبعة الثالثة (١٤٢٥هـ – ٢٠٠٥م) دار النفائس ، عمان – الأردن .

سادسا : كتب العرف :

(١٢٥) الحشاش عبد الكريم عيد الحشاش ، **قضاة العرف والعادة** ، الطبعة الأولى (١٩٩١م) الإشراف الفني :جمال الأبطح.

(١٢٦) ثابت محمود سالم إبراهيم ثابت ، **القضاء العشائري عند قبائل بئر السبع** ، بدون طبعة .

(١٢٧) العارف عارف العارف ، **القضاء عند البدو** ، حقوق الطبع والترجمة محفوظة للمؤلف ، مطبعة بيت المقدس(١٩٣٣م) .

(١٢٨) العبادي أحمد عويدي العبادي ، **جرائم الجنايات الكبرى عند العشائر الأردنية** ، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م) الناشر الدار العربية لنشر والتوزيع عمان – الأردن .

(١٢٩) ـــــ . أحمد عويدي العبادي ، **الجرائم الصغرى عند العشائر الأردنية** ، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ – ١٩٨٧م) دار الفكر لنشر والتوزيع .

(١٣٠) ـــــ أحمد عويدي العبادي ، **القضاء عند العشائر الأردنية** ، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ – ١٩٨٧م) دار البشير لنشر والتوزيع العبدلي – عمان، ودار العبادي للنشر والتوزيع وادي السير – الأردن .

(١٣١) غيث محمد حسن أبو حماد غيث ، **قضاء العشائر في ضوء الشرع الإسلامي** ، الطبعة الثانية (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م) ،المطبعة العربية الحديثة – القدس .

سابعا : مقابلات شخصية مع قضاة العرف : .

المختار : توفيق محمد أبو عريبان (أبو محمد) فرع الحناجرة

٢. **المختار** : عبد الرزاق موسى أبو زايد (أبو عمار) فرع النصيرات

٣. **المختار** : سليمان سالم أبو العجين (أبو أحمد) فرع النصيرات

٤. **المختار** : امراحيل حسان البالي (أبو محمد) فرع السواركة

٥. **المختار** : سالم خميس أبو ظاهر (أبو عطا) فرع الحناجرة

٦. **المختار** : منصور حمد أبو زكري (أبو خالد) فرع الحناجرة

٧. **المختار** : عبد القادر مطير أبو هولة (أبو صلاح) فرع الحناجرة

٨. **المختار** :مرازيق قعود أبو مغصيب (أبو كمال) فرع الترابيين

٩. **المختار** : سليمان يوسف أبو شماس (أبو يوسف) فرع السواركة

١٠. الباحث والكاتب في مجلة (البادية اليوم) جهاد أبو غرابة النصيري .

ثامنا : كتب اللغة :

(١٣٢) الأزهري أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري ، **تهذيب اللغة** ، تحقيق : محمد عوض مرعب ، الطبعة الأولى(٢٠٠١م) ، دار إحياء التراث العربي- بيروت .

(١٣٣) الجرجاني أبو الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي (٨١٦هـ) ، **التعريفات** ، وضع حواشيه وفهارسه محمد باسل عيون الستود ، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان

(١٣٤) الرازي للشيخ الامام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ،**مختار الصحاح** ، طبعة جديدة ،دراسة وتقديم د. عبد الفتاح البركاوي ، بدون طبعة – دار المنار .

(١٣٥) الزبيدي محمد مرتضى الزبيدي ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، بدون طبعة ، منشورات دار مكتبة الحياة ، بيروت – لبنان .

(١٣٦) الفيروزآبادي مجد الدين محمد بن يعقوب (ت٨١٦هـ) ، **القاموس المحيط** ، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي ، إشراف مكتب البحوث والدراسات (طبعة سنة١٤١٥هـ ١٩٩٥م) ، دار الفكر، بيروت – لبنان .

(١٣٧) الفراهيدي لأبـي الفضل عبـد الرحمن الخليل بـن أحمد الفراهيدي (ت١٧٥هـ) ، **العين** ، تحقيق الدكتور مهدي إبراهيم السامرائي، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م) ، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت – لبنان.

(١٣٨) الفيومي الأحمد بـن محمد بـن علـي الفيومي المقرئ (ت٧٧٠هـ) ،**المصباح المنير** في غريب الشرح الكبير للرافعي ، الطبعة الأولى(١٤٢١هـ ٢٠٠٠م) ، دار الحديث – القاهرة .

(١٣٩) ابن منظور جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري (٧٧١هـ) ، **لسان العرب** ، حققه وعلق عليه ووضع حواشيه عامر احمد حيدر ، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم ، الطبعة الأولى (١٤٢٤هـ – ٢٥٥٣م) ، دار الكتب العلمية – بيروت ،لبنان

(١٤٠) المينـاوي محمد عبدالرؤوف المينـاوي(ت١٠٣٠هـ) ، **التوقيـف علـى مهمـات التعاريف**، تحقيق.محمد رضوان الداية ،طبعة سنة (١-١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م) ، دار الفكر، دمشق سورية ، دار الفكر المعاصر ، بيروت – لبنان .

تاسعا : كتب أخرى

(١٤١) ابن الأخوة محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد (ابن الأخوة) ، **معالم القربة في أحكام الحسبة** ، تعليق إبراهيم شمس الدين ، الطبعة الأولى(٢٠٠١م) ، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع بيروت – لبنان .

(١٤٢) ابـن خلـدون عبـد الرحمن بـن محمد بـن خلـدون ، **المقدمـة** ، تعليق د. علـي عبد الواحد وافـي ، الطبعـة الثالثـة ، دار النهضة مصر للطباعة والنشر ، الفجالة القاهرة .

(١٤٣) الشيزري عبد الرحمن بـن نصر الشيزري ، **نهاية الرتبة في طلب الحسبة** ، تحقيـق السيد البـاز العرنـي ، الطبعـة الثانيـة (١٩٨١م) ، دار الثقافـة النـشر وللتوزيع ،بيروت – لبنان .

(١٤٤) الغزالـي محمد بـن أجمد أبـي حامد الغزالـي (ت٥٠٥هـ) ، **إحيـاء علـوم الـدين**، وبهامشه المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الإحياء من أخبار لزين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين العراقي(ت٨٠٦هـ) ، وبذيله تعريف الإحيـاء بفـضل الإحيـاء للعلامـة عبـد القـادر بـن شـيخ عبـد الله العبـدروس (ت١٠٣٨هـ) ، الطبعـة الثالثـة (١٤٢٨هـ – ٢٠٠٧م) ، دار الـسلام للطباعـة والنشر والتوزيع والترجمة

الفهـــــــــــــــرس